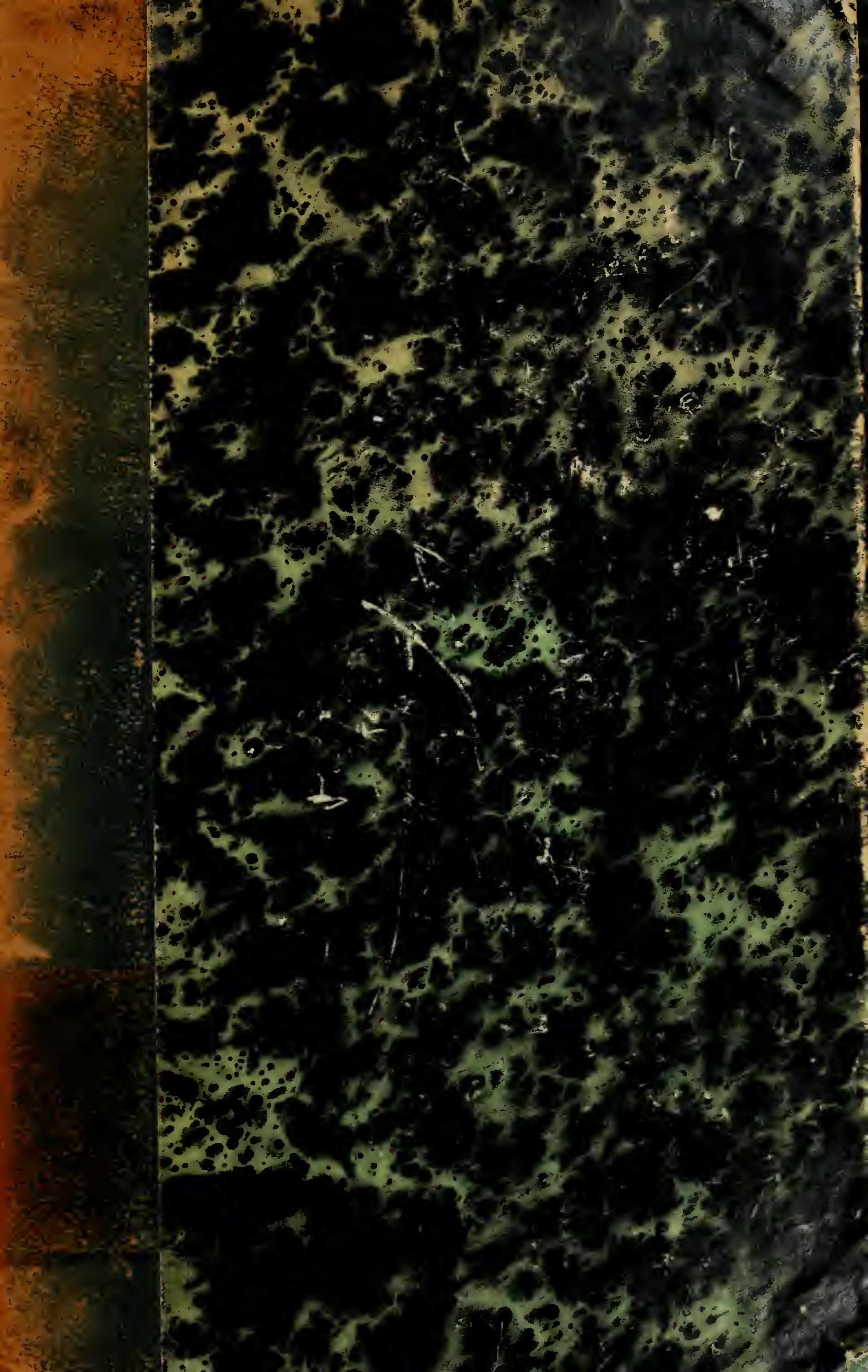
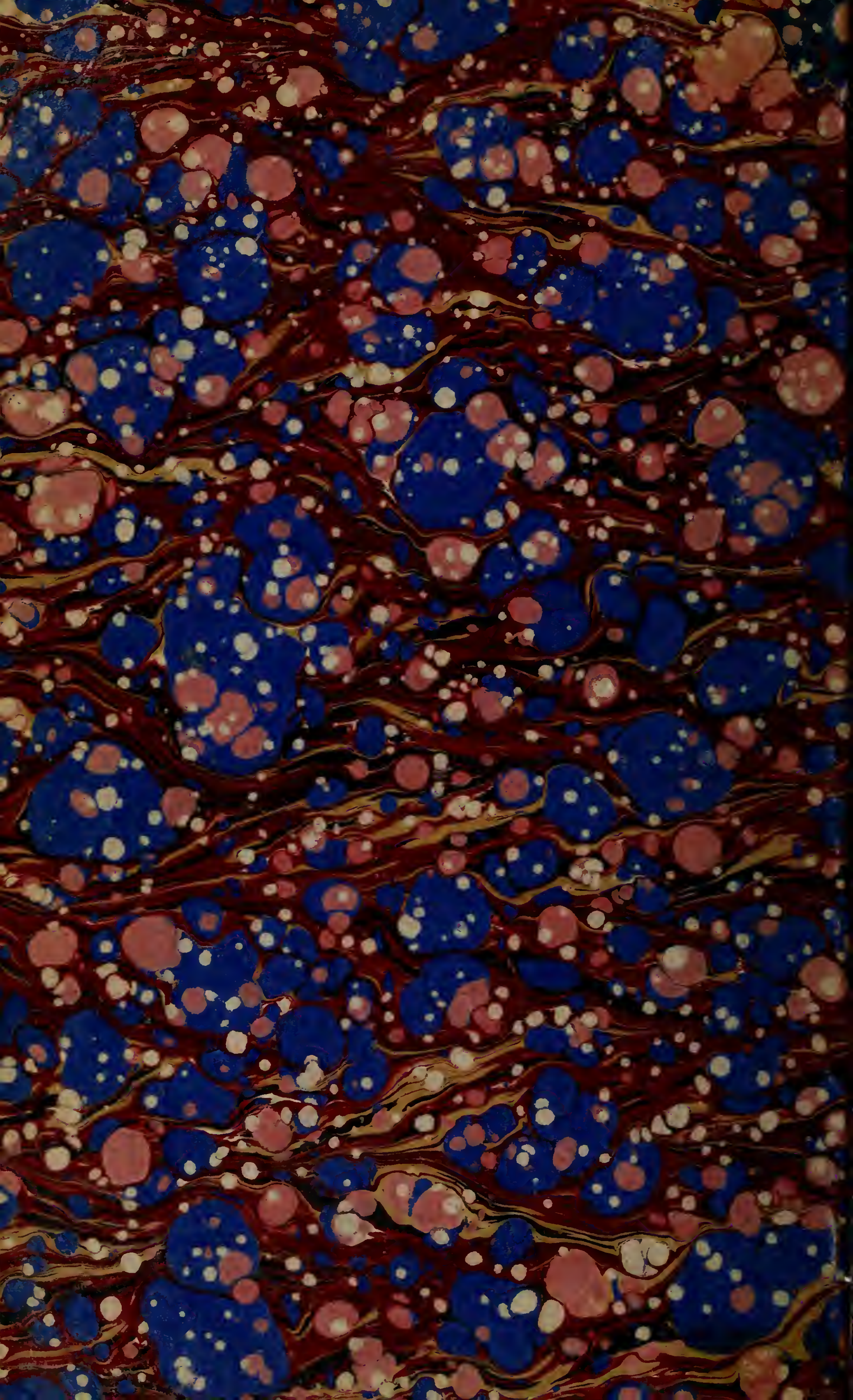
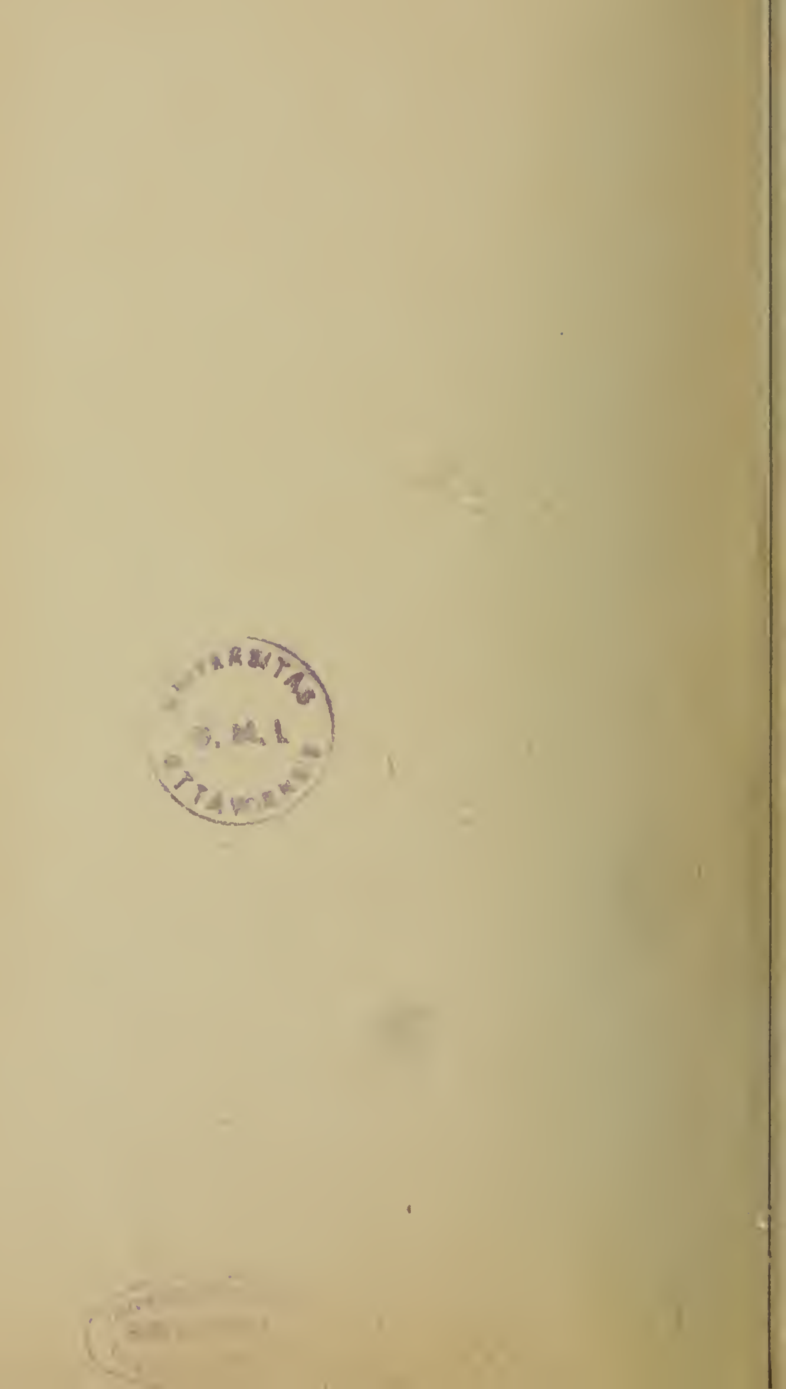








LE NEXUM

ET

LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN DROIT ROMAIN.

EXTRAIT DU COMPTE-RENDU
De l'Académie des Sciences morales et politiques.
RÉDIGÉ PAR M. CH. VERGÉ, AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT,
Sous la direction de M. le Secrétaire perpétuel de l'Académie.

LE NEXUM

ET

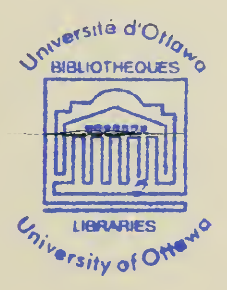
LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN DROIT ROMAIN

LU LE 21 MARS
A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

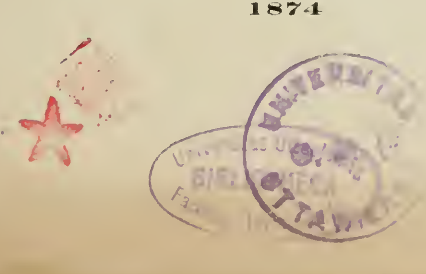
PAR

S. VAINBERG
DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR DE PARIS.



PARIS
ERNEST LEROUX, ÉDITEUR
28, RUE BONAPARTE, 28

1874





LE NEXUM

ET

LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN DROIT ROMAIN.

LE NEXUM ET LA CONTRAINTE PAR CORPS.

§ 1er.

NOTION DU *NEXUM*.

La procédure par laquelle on pouvait convertir une obligation quelconque en une dette d'argent, et lui attribuer ainsi les mêmes conséquences, est nommée *nexum*. Pour donner une définition, c'est un acte fait PER ÆS ET LIBRAM, *devant cinq témoins, en prononçant des formules solennelles.*

Cet acte fait *per æs et libram* n'était pas, aux premiers temps de Rome, une simple formalité, un acte symbolique. L'airain et la balance étaient indispensables pour l'accomplissement de l'acte, car l'airain représentait la monnaie et les balances servaient à peser la somme que l'on devait payer par airain.

Cet acte se trouve ainsi une des premières bases du droit romain. Par son étude, nous ne développons pas seulement une curiosité historique, nous éclaircissons aussi les origines de la propriété et les obligations qui sont la clef de l'ancien droit romain. En effet, nulle part la situation du débiteur n'a exercé une influence plus grande sur le développement intérieur de Rome; nulle part, elle n'était en rapport plus direct avec l'agrandissement de cette ville. Nous y voyons la condition du débiteur figurer, par un lien très-restreint, dans les progrès de l'État. En analysant le *nexum*, nous résolvons donc aussi les énigmes de l'ancien droit romain.

Nous avons dit que l'*æs* et *libra* n'était pas seulement, dans les temps reculés, un simple symbole, mais encore une partie intégrante de la formation de l'acte ; ce qui n'est pas difficile à comprendre.

Au temps des premiers rois, la monnaie frappée paraît avoir été peu connue des Romains et, quoiqu'ils eussent de très-bonne heure une sorte de monnaie très-simple et très-grossière, faite de cuivre et sur laquelle était désigné le poids, il est hors de doute que le pesage de ce cuivre était le moyen le plus fréquent pour effectuer les paiements. En admettant même que la numération de la monnaie ait été aussi ancienne, chez les Romains, que le pesage, il faut cependant reconnaître, avec Niebuhr, que le pesage des monnaies était le cas le plus fréquent à Rome, tant qu'on n'y connut pas d'autre monnaie que celle de cuivre.

A cet époque, diverses monnaies étaient en circulation, et les balances étaient, par conséquent, nécessaires pour ramener ces monnaies de différentes va-

leurs et venant de plusieurs villes à l'étalon unique, l'*as* romain ; ce qui était facile puisque toutes ces monnaies étaient du même métal (1).

Le pesage dura ainsi, tant que la monnaie de cuivre eut seule cours et non pas, bien entendu, en tant que symbole, mais comme moyen d'établir l'unité de poids. Avec l'introduction de la monnaie d'argent, la balance pouvait certainement disparaître, puisqu'il ne s'agissait plus dès lors de réduire les monnaies à la même unité, au même étalon, mais d'en examiner le bon aloi. Cependant, comme l'habitude est un lien des plus forts de l'humanité, la balance fut conservée, même après l'introduction de la monnaie d'argent (vers 485). Toutefois, elle n'était plus un instrument indispensable pour la réalisation du payement, elle devint simplement un symbole, nécessaire à la perfection du payement. La réforme monétaire a transformé la balance d'une nécessité de fait en une nécessité de droit, ou, comme dit Savigny : « de ce temps, la balance qui, antérieurement, servait pour un but sérieux, devient maintenant un pur symbole (2). »

En vertu de ce changement de la balance, on peut définir maintenant le *nexum* comme un prêt d'argent symbolique, fait dans une forme ancienne, inusitée à cette époque. Le *nexum* a donc lieu partout où un prêt d'argent est réalisé. Cette prestation d'argent intervenait surtout dans trois actes juridiques, c'est-à-dire que la balance était nécessaire pour la solennité d'un des trois actes suivants :

Payement à titre de prix de vente : *nexi datio ;* li-

(1) Niebuhr, *Römische Geschichte*, vol. 1. 3e édition, p. 516.

(2) Savigny, *Das altrömische Schuldrecht. loc. cit.* p. 409.

vraison de monnaie pour cause de prêt : *nexi obligatio ;* payement fait pour éteindre une dette : *nexi liberatio.* Par conséquent, toute transaction, dans laquelle l'*æs* et la *libra* intervenaient, était désignée sous le nom générique de *nexum.*

Nous insistons autant sur cette question, parce qu'elle était déjà très-controversée chez les anciens jurisconsultes, et qu'elle n'est pas moins agitée aujourd'hui, malgré les ouvrages de certains jurisconsultes modernes très-distingués de l'Allemagne et de la France.

Nexum dérive certainement de *nectere*, ce qui veut dire : obliger, lier (1).

Nectere ligare significat, dit Festus.

Cette définition ne nous paraît pas tout à fait conforme à l'esprit du *nexum.* Le mot *nectere* renferme certainement en lui la notion de *ligare ;* mais *ligare* ne renferme pas la notion de *nectere.*

« Le sens de *nectere*, dit avec raison M. Giraud, était celui de lier ; mais il différait de *ligare* en ce qu'il impliquait l'idée d'une dépendance absolue au profit d'un autre (2). »

En effet, *nectere* indique la suppression complète de la liberté d'action et du mouvement. On pourrait plutôt le traduire par *obligare*, quoique ce mot n'ait pas eu, sous l'empire, un caractère spoliatif, ce qu'on pourrait entendre par *nectere.* Il est opposé à *solvere, liberare* (3).

(1) Varron, *De lingua latina*, édition de Nisard, Paris, 1844, p. 539.

(2) Giraud, *Des Nexi*, p. 31.

(3) Huschke, *Ueber das Rescht des Nexum und das altrömische Schu drecht*, Leipsig, 1846, p. 2. — Gaius, III, p. 172. — Cicéron, *De republica*, II, 34.

Varron veut faire dériver *nexum* de *nec suum* (1) ; mais c'est là une combinaison étymologique, qui ne mérite pas d'être réfutée.

Festus nous a conservé une définition de Gallus-Ælius qui correspond à celle de Mamilius *quodcunque per æs et libram geritur*.

Cicéron dit de même du *nexum : Quod per libram agitur*. Comme on le voit, les anciens jurisconsultes s'attachent, dans cette définition, seulement au caractère extérieur, qui consiste surtout, d'après eux, dans l'observation d'une certaine forme. En nous rapportant aux mots de cette définition, nous aurions une notion bien vague sur le *nexum*, puisque elle nous enseigne que partout où le pesage de la monnaie était pratiqué, là avait lieu le *nexum*.

Cette notion paraîtra encore plus vraisemblable, si on analyse le langage juridique des Romains. Les écrivains romains donnent, en effet, une signification plus précise à l'*æs* et *libra*. Ils entendent par *æs* et *libra* la partie pour le tout; là où ils veulent indiquer la *mancipatio*. Ainsi Horace dit :

Si proprium est, quod quis libra mercatus et ære est... (2).

De même, du temps des jurisconsultes classiques, la seule forme employée pour un testament était nommée : *testamentum* « *quod per æs et libram agitur.* » Dans les fragments d'Ulpien nous trouvons également la même notion *quod per æs et libram fit, id est per mancipationem imaginariam* (3). Quelle différence y a-t-il alors entre le *nexum* et la *mancipatio ?*

(1) *De lingua latina*, VII, 5ᵉ édit. Spengel, p. 382.
(2) Epist., II, 2, 158.
(3) Fragm. xx, 2.

§ 2.

DIFFÉRENCE ENTRE LE *NEXUM ET LA MANCIPATIO*.

L'incertitude qui existe sur la notion du *nexum* a donné lieu à différentes interprétations. Plusieurs jurisconsultes modernes ont tenté d'introduire une certaine harmonie dans ces diverses définitions.

Puchta (1) définit le *nexum* comme *un acte où l'on émancipe quelque chose.*

Il ne conteste pas que l'*æs* et *libra* peut être également la forme de certains actes qui ne sont pas une *mancipatio*, mais il ne veut pas admettre la conséquence qu'on peut tirer de cette opinion. Il est certain que chaque *mancipatio* renferme en elle-même l'*æs* et *libra*, mais ceux-ci ne sont qu'une partie d'une *mancipatio* et sont applicables d'ailleurs à d'autres transactions. Par conséquent, la mancipation sera un acte contracté *per æs et libram;* mais tous les actes *per æs et libram* ne sont pas nécessairement une mancipation.

En effet, en donnant un exemple du *nexum*, Sextus cite la *nexi liberatio* que Gaius appelle *solutio per æs et libram*. Ce jurisconsulte nous la décrit comme un acte où l'on pèse de la monnaie de cuivre devant cinq témoins et un *libripens*, en prononçant une formule solennelle. Voici ses propres expressions :

(Est)... etiam alia species imaginariæ solutionis, per æs et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per æs et libram gestum sit, sive quid ex judi-

(1) Puchta, *Cursus der Institutionen*, 4e édit., Leipsig, 1857, vol. II, p. 643, § 238; nota p. vol. III, p. 97-98, nota *b* et *c*.

cati causâ debeatur. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur : QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS *eo nomine velut* SECUNDUM MANCIPIUM SUM DAMNAS, SOLVO LIBEROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, *deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa* (1).

Dans la mancipation, les monnaies devaient être l'équivalent de l'objet, ce qui n'est pas nécessaire dans le *nexum* (2). Car *nexum* signifie toute transaction où l'on pèse de la monnaie de cuivre, en présence de cinq témoins et un *libripens* tous puberes et citoyens romains, en prononçant en même temps des formules solennelles, quel que soit, d'ailleurs, le but de cet acte.

Ainsi, d'après Scheurle, la mancipation est l'espèce, tandis que le *nexum* doit être considéré comme le genre.

Huschke (3) n'admet pas ce système,

Il veut trouver dans la mancipation l'acte accompli pour l'acquisition d'une propriété et dans le *nexum* le lien d'une obligation.

Bachofen (4) croit, au contraire, qu'entre la *mancipatio* et le *nexum* il n'y a aucune différence en ce qui concerne les formes; la seule distinction, d'après lui, avait lieu par la volonté des parties exprimée dans la *nuncupatio*.

(1) Gaius, *Instit.* III, § 173 et 174, d'après l'édit. de Huschke.

(2) Adolf de Scheurle, *Vom Nexum*, Erlang, 1839, p. 9.

(3) Huschke. *Ueber das Recht des Nexum und das altrömische Schuldrecht*, Leipsig, 1846, p. 8.

(4) Bachofen. *Das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia*, Bâle, 1846, p. 6 et 7.

Dans la définition d'Ælius-Gallus et de Mamilius, ce jurisconsulte veut trouver la règle de droit suivante :

« Sous la dénomination du *nexum*, les juges romains sanctionnaient toutes les transactions dans lesquelles avait lieu une prestation d'argent, »

L'opinion de Walter diffère peu de celle de Scheurle, qui n'a fait que lui donner un plus grand développement. Walter pense aussi que l'emploi de la balance était purement symbolique dans l'acte du *nexum*, tandis que dans la *mancipatio* il était réel. Cette opinion est certainement la plus problable. Car, bien que l'opinion de Huschke soit appuyée directement sur celle de Mucius Scævola, conservée par Varron, elle ne prouve pas que cette distinction ait été établie dès l'origine. Elle peut tout au plus établir la différence qui s'est formée entre le *nexum* et la *mancipatio* à l'époque où la jurisprudence était déjà plus développée.

Que dit, en effet, Mucius Scævola ? Voici ses paroles telles que Varron nous les a conservées :

« *Nexum Mamilius scribit omne quod per æs et libram geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quæ per æs et libram fiant, ut obligentur, præterque mancipio dentur* (1). »

Et Varron continue par cette réflexion étrange que l'opinion de Mucius est justifiée et appuyée même par l'étymologie du mot *nexum* qui vient de *nec suum fit*.

Cette interprétation étymologique a révolté la conscience juridique de Hugo, qui la nomme « une déduction détestable (2). »

Ainsi, d'après le jurisconsulte Mucius, le *mancipium*

(1) *De lingua latina*, VII, 5.

(2) Hugo, *Rechtsgeschichte*, 2e édit., p. 282.

sera toute transaction dans laquelle un objet devient *suum* d'une partie contractante, et le *nexum* toute affaire qui devient l'objet d'une obligation et non de la propriété.

Si Mucius n'avait en faveur de son opinion que l'appui que lui fournit Varron, on pourrait la rejeter sans hésitation ; mais cette opinion ne pourra être contestée, car, comme nous le verrons bientôt, elle a pour elle des motifs sérieux.

Il est certain qu'antérieurement à la monnaie frappée, à l'époque où le poids de cuivre représentait encore la valeur réelle de la monnaie, toute transaction contractée *per æs et libram* portait le nom de *nexum*. Plus tard, lorsque la monnaie d'argent frappée fut introduite, les transactions subirent une simplification. Le pesage des monnaies représentant la valeur réelle n'était plus nécessaire dans tous les actes ; la balance même ne fut plus conservée que comme une formalité, afin de donner aux affaires une plus grande authenticité. Les éléments du *nexum* ancien, quoique conservés, n'eurent plus dès lors leur ancienne signification ; l'élément principal, c'est-à-dire celui de l'argent comptant, fut surtout éliminé.

On peut facilement comprendre comment cette modification fut introduite : elle n'était qu'une expression nécessaire des transactions multiples créées par l'introduction de la monnaie d'argent. L'exigence du *nexum* ancien, qui voulait qu'on payât comptant en monnaie, pouvait se comprendre dans un temps où la société était encore à l'état primitif, où les relations étaient peu nombreuses, par suite du peu de besoins des hommes ; mais dès qu'on put taxer chaque valeur par un moyen commun, aussi facile dans la circulation

que simple dans l'appréciation, les transactions durent forcément se multiplier. En outre, les nécessités sociales devenant plus grandes, l'exigence de tout payer comptant était nécessairement très-gênante. Cette obligation de payer comptant fut abolie ; mais tous les autres éléments et toutes les conséquences du *nexum* ancien furent conservées pour le *nexum* nouveau. En d'autres termes, après l'introduction de la monnaie d'argent, la balance et le cuivre ne représentaient plus les objets indispensables pour effectuer un payement d'argent. Ils figuraient seulement comme symbole pour lui donner une validité juridique. Et comme ces actes étaient les plus fréquents, c'est pour cela qu'on leur laissa l'ancienne dénomination de *nexum*.

Pourtant, il y avait encore des transactions où le payement d'argent comptant était indispensable, et où le pesage du cuivre, bien que fictif, était immédiatement accompagné du payement en monnaie d'argent. Ces sortes de transactions furent nommées *mancipatio*, de *manu capere*, parce que les deux parties pouvaient saisir de leurs mains leurs objets réciproques. Dans ces deux cas, dans le *nexum* comme dans la *mancipatio*, la balance et le cuivre étaient indispensables pour donner aux affaires une validité formelle. Le payement, fictif ou réel, n'était qu'accessoire, et c'est pour cette raison que plusieurs jurisconsultes anciens ont confondu ces deux sortes de formes. Cela ne nous donne cependant pas encore le droit de soutenir que ces jurisconsultes sont en contradiction avec l'opinion de Mucius Scævola.

C'est ce que nous allons démontrer maintenant.

Il est assez connu, et d'ailleurs Justinien nous l'as-

sure, que les lois des Douze Tables ont déjà ordonné qu'aucun objet vendu ne pourra passer dans la propriété de l'acheteur, tant que celui-ci n'a pas payé le prix de la vente, ou garanti le payement au vendeur (1). On voit dès lors que le payement de la somme dans l'acte de *mancipatio* était une des principales causes de transmission dans la propriété ; sans ce payement, elle ne pouvait avoir lieu. Le payement réel était donc l'élément de la transmission de la propriété et conséquemment la définition de Mamilius et Mucius Scævola est la seule vraie.

Mamilius a raison de soutenir l'identité entre le *nexum* et le *mancipium*, puisque tous les éléments pour constituer l'acte du premier étaient aussi nécessaires pour constituer le second. Le payement, fictif ou réel, n'était que secondaire ; la forme extérieure était, en d'autres termes la même pour le *nexum* que pour la *mancipatio*. Il en était autrement pour l'élément intérieur de cet acte ; là, le paiement réel ou fictif était la chose principale, car, dans le premier cas, l'acte était nommé *mancipatio*, et dans l'autre *nexum*. C'est aussi ce que veut dire Mucius Scævola : par conséquent, ce jurisconsulte n'est pas en contradiction avec le jurisconsulte Mamilius. Tous les deux envisageaient les actes du *nexum* et du *mancipium* sous différents points de vue : l'un, Mamilius, au point de vue des éléments extérieurs ; l'autre, Scævola, au point de vue du droit qu'ils manifestaient. Nous n'entendons pas dans cette analyse l'époque où la mancipation subissait les exigences d'un crédit développé et de la vivacité de la circulation et où elle devint aussi tout à fait symbo-

(1) § 41, Inst., *De divisione rerum*, II, 1.

lique. A ce moment, la mancipation ne se distingue plus du *nexum* pour le pesage de la monnaie : tous les deux sont fictifs. Ces deux actes ne différaient alors que par l'intention des formules prononcées par les parties au moment de l'acte du pesage. Nous croyons encore que par l'usage, tous les actes qui, antérieurement, transmettaient la propriété, furent nommés *mancipium*, bien que l'argent comptant ne les accompagnât pas. Les autres, ceux qui créaient un lien d'obligation, conservèrent leur ancienne dénomination de *nexum*.

Ainsi, aux premiers temps de l'empire romain, la distinction entre le *nexum* et le *mancipium* consista d'abord dans l'usage ; c'est-à-dire que dans tous les actes par lesquels une propriété se transmettait seulement en vertu d'un paiement d'argent et en vertu de l'acte symbolique qui le précédait, cet usage fut néanmoins conservé sous la désignation de *mancipatio*, quoique le payement d'argent fût aboli. Puis, cette distinction fut encore faite par la *nuncupatio*, c'est-à-dire par l'intention que les parties faisaient connaître en contractant ces actes.

Il est indubitable qu'à cette époque la définition de Scævola était la seule juste : le *nexum* et la *mancipatio* se contractaient *per æs et libram* devant cinq témoins en prononçant des formules solennelles. La conséquence rigoureuse de ces deux sortes d'actes s'explique facilement par son élément solennel et public.

Nous avons vu la signification de la balance et du cuivre ; il nous reste à expliquer les autres facteurs de ces actes. Par la présence de cinq témoins, l'acte était élevé de la sphère privée à celle du droit public ;

car ces cinq témoins représentaient probablement le peuple romain dans ces cinq classes, organisées par Servius Tullius. Donc, si l'une des parties contractait l'affaire, non-seulement en qualité de partie privée, mais aussi comme *pars populi*, en présence du peuple, ce qui avait lieu dans le *nexum* et dans la *mancipatio*, elle devait aussi avoir les mêmes droits que l'État contre les citoyens. En vertu de cet acte, le créancier avait la garantie de la religion et du peuple. Le contrevenant devient un coupable, il subissait dès lors toutes les conséquences de la puissance publique contre l'inculpé *ex publicis criminibus*. Dans l'acte de la mancipation, la solennité était encore augmentée par la réquisition de saisir la chose réciproquement par les mains. Et l'on sait que *manus* signifiait, dans le droit romain, le pouvoir du droit civil, la vitalité civile elle-même, appuyée sur la *civitas*, dont la main était l'organe actif.

Le sens de cette formalité solennelle est donc que chaque citoyen, contractant une affaire par l'un de ces deux actes, ne restait pas seulement dans la sphère privée, mais rentrait dans la sphère politique et obtenait, en vertu de cet acte, la faculté de saisir au moyen de la force civique, *manu injectio*, la personne obligée qui ne remplissait pas son obligation.

Le *nexum*, aussi bien que la *mancipatio*, était en outre accompagné, dans la constitution des actes, de formules solennelles prononcées par les parties ; ce qu'on nommait *nuncupatio*. Dans cette partie de l'acte, les contractants exprimaient la pensée qui devait être accompagnée plus tard par les faits ; par exemple, le payement effectif de la monnaie et la transmission de

de la propriété dans la *mancipatio*, et l'engagement d'une obligation dans le *nexum*. Au temps où le payement cesse d'être un acte réel, dans la *mancipatio*, alors la *nuncupatio* devient l'élément principal et caractérise spécialement la nature de l'affaire. C'est ce que disait déjà la loi des douze Tables.

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

L'intention est donc le facteur qui établit la différence entre le *nexum* et la *mancipatio*.

Pour tous les autres facteurs, ces deux actes étaient complètement égaux, puisque tous les deux sont nommés *imaginaria venditio*.

En effet, les formules que les parties employaient pour exprimer leur intention montrent assez clairement cette distinction.

Ainsi, dans la *mancipatio*, la formule usitée était : *Hanc ego rem ex jure quiritum meam esse aio, eaque mihi empta est hoc ære æneaque libra* (1).

La tendance des parties est, comme on le voit, clairement exprimée. Elle exige l'acquisition de la propriété; tandis que dans le *nexum*, la *nuncupatio* démontre la tendance d'engager un lien obligatoire.

La formule du *nexum* ne nous est point parvenue. Cependant, Huschke a essayé de la rétablir dans la *nexi datio* (2), d'après celle de la *nexi liberatio*.

Il pense qu'elle a dû être ainsi conçue :

Quod ego tibi mille libras hoc ære æneaque libra

(1) Giraud, *Nexum*, *loc. cit.*, p. 35.

(2) *Nexi datio* est pris ici dans le sens le plus restreint du *nexum*, dans le sens du *nexum æs*. Ainsi Festus dit : *Nexum æs apud antiquos dicebatur pecunia quæ per nexum obligatur.* — Voir Bethmann-Hollweg, *loc. cit.*, vol. I, p. 158.

nexas dedi, eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto (1).

Le *jure nexi,* le lien obligatoire, est ici le but direct de la formule, ce qui n'a pas lieu dans la première formule.

L'opinion que nous venons d'émettre nous paraît résoudre la controverse qui existe entre le *nexum* et la *mancipatio.*

Si elle paraissait trop risquée ou insuffisamment démontrée, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'une question dont l'origine se perd dans les temps les plus reculés. Les traditions arrivées jusqu'à nous sont pleines de lacunes et les suppositions *a priori* peuvent seules nous tirer de ce chaos. Notre opinion, pensons-nous, écarte toutes les contractions qu'on croyait trouver dans les anciennes définitions. Ælius-Gallus, Mamilius et Scævola ne sont plus des antagonistes, mais des écrivains qui ont envisagé la question sous différents points de vue.

Résumons ce que nous venons d'exposer sur ce sujet :

La dette d'argent avait une conséquence très-rigoureuse ; les autres obligations n'avaient pas cette conséquence, mais on pouvait la leur attribuer, en les contractant, par la forme du *nexum.* Cet acte était le seul dans l'antiquité : la *mancipatio* ne se distinguait en rien du *nexum.* Il avait lieu par l'*æs et libra,* devant cinq témoins romains, puberes et un *libripens,* en prononçant des formules solennelles. La balance et le cuivre n'étaient pas de purs symboles, ils étaient des facteurs nécessaires pour effectuer un payement. Le

(1) Huschke, *Ueber das Recht des Nexum*, p. 56.

cuivre représentait la monnaie réelle, consistant encore alors en des pièces très-grossières de ce métal. Plus tard, lorsque la monnaie frappée fut introduite, la balance servait néanmoins pour réduire au même poids les monnaies de différents étalons qui circulaient alors dans les diverses parties du pays.

Avec l'introduction de la monnaie d'argent, la balance et le cuivre deviennent de simples symboles nécessaires pour la validité des actes. En d'autres termes, l'argent comptant n'est plus indispensable pour la formation de l'acte; mais comme ces actes étaient les plus fréquents, comme on y conservait aussi tous les éléments de l'ancien *nexum*, on laissa également l'ancienne dénomination à ces transactions, bien que l'argent comptant ne fût plus nécessaire. Cependant, dans certains actes, on exigeait encore que le payement fût fait comptant : c'étaient les actes faits pour acquérir la propriété, car la propriété ne pouvait être transmise si elle n'avait été payée comptant.

Ainsi le *nexum* était l'acte symbolique *per æs et ibram* dans lequel le pesage du cuivre était fictif, n'étant pas accompagné d'un payement réel; un acte, par conséquent, au moyen duquel on ne pouvait transmettre la propriété, mais seulement contracter un lien obligatoire. Dans la *mancipatio*, au contraire, l'acte était accompagné d'un payement réel et cette procédure fut seulement conservée pour la transmission de la propriété. Plus tard encore, le crédit se développant et le payement réel de la *mancipatio* devenant aussi très-gênant, et par cela même pour ainsi dire fictif, la différence entre la *mancipatio* et le *nexum* ne consista plus que dans l'intention que les contractants faisaient connaître par la *nuncupatio*. Ainsi, si dans la *nuncupa-*

tio on manifeste l'intention de contracter un lien obligatoire, cet acte est nommé *nexum;* si, au contraire, on veut faire transmettre une propriété, cet acte est nommé *mancipatio.* C'est ce que veut dire Mucius Scævola.

Nous avons indiqué sommairement les diverses opinions des jurisconsultes allemands. L'objet de ce travail ne permet pas de donner ici un traité complet sur cette matière, si intéressante qu'elle soit. Mais il y aurait certainement une lacune, si nous passions sous silence les avis des jurisconsultes modernes les plus distingués.

Unterholzner (1) soutient que l'emploi de l'*æs et libra* n'avait lieu que pour fonder une obligation de dette d'argent. La *nuncupatio* qui accompagnait cet acte avait pour but de déclarer solennellement l'obligation à laquelle le débiteur se soumettait. Ainsi, d'après Unterholzner, l'*æs* et *libra* pouvaient servir aux obligations dans les cas suivants :

1° Pour le pesage de l'argent. Dans cet acte, la *nuncupatio* servait à garantir le payement de la dette. Le pesage de la monnaie pouvait, par conséquent, être réel ou fictif, puisque cela n'altérait en rien l'acte. D'après cette opinion, l'obligation contractée *per æs et libram* était donc toujours unilatérale et l'acte lui-même ne pouvait servir que pour contracter un emprunt;

2° L'*æs et libra*, soutient encore Unterholzner, pouvait également être employé pour une obligation, pour une *mancipatio*, soit que le *mancipatio accipiens* s'en char-

(1) Unterholzner, *Lehre des römischen Rechts von den Schuld-Verhæltnissen*, Leipsig, 1840, II, p. 29-31.

2

geât, soit que le *mancipatio dans* en fût chargé. Ce jurisconsulte se déclare personnellement contre l'avis qu'une *mancipatio* doit toujours être comprise dans le *per æs et libram se obligare*. Il croit que dans le *nexum æs*, l'*æs* doit être considéré comme le principal objet de l'acte contracté *per æs et libram;* tandis que dans l'acte où l'homme s'offre comme *nexus*, c'est l'homme qui doit être considéré comme le principal objet.

Sell (1) a une opinion qui, au premier abord pourrait paraître assez juste. La base principale de cette opinion est fondée sur la définition de Varron. En faisant quelques corrections étymologiques au texte, en changeant *neque* en *nec quod*, il est arrivé à la lecture suivante : *Nam idem quod obligatur per libram nec quod suum fit, inde nexum dictum.*

Cette lecture lui fournit les conjectures suivantes :

Un *nexum* ne peut exister sans *mancipium*, ni un *mancipium* sans *nexum*. Ce qui ne veut pas cependant dire que les deux actes soient identiques ; car, si l'on produit une obligation principalement par l'*æs et libra*, l'acte se nomme *nexum ;* tandis que, si l'on veut désigner une transmission du *dominium ex jure quiritium*, on nomme l'acte *mancipatio.*

Sell se déclare contre l'opinion de ceux qui admettent l'identité entre le *nexum æs* et le *mutuum nexu constitutum*, car les *res quæ pondere numero vel mensura constant* sont des *res nec mancipi* et ne peuvent être transmises *nexu*. L'objet du *mutuum* ne pouvait être transmis *nexu*, mais il pouvait représenter le prix des objets transmis *nexu.*

(1) C. Sell, *De jure Romano, nexo et mancipio*, Brunswig, 1840.

Ainsi, un *mutuum nexu constitutum* ne pouvait avoir lieu sans une *mancipatio* et devait toujours consister en *pecunia certa*.

Nous pourrions encore citer les travaux de Christiansen et de Heusde, mais nous craignons d'avoir été déjà trop long sur cette matière. Nous ne voulons pourtant point abandonner ce sujet avant d'avoir exposé les opinions des jurisconsultes français. Le travail le plus remarquable sur la matière est, incontestablement, celui de M. Giraud (1). Ce savant l'a, en effet, traitée avec une profondeur et un esprit particulier. Il a su unir à la science sévère le charme et la grâce du style français.

M. Giraud analyse le *nexum* dans toutes ses phases et dans tout son développement. Il démontre d'abord l'origine de la balance et du cuivre, qui, plus tard, sont devenus une solennité essentielle pour la perfection de tous les payements, bien qu'ils fussent « une solennité accessoire. » La recherche de l'origine du mot *nexum* est très-clairement faite. L'auteur expose fort habilement la distinction entre les mots *nectere* et *obligare* et les causes pour lesquelles intervient le *nexum*. La *mancipatio* ou la *nexi datio* pouvaient avoir pour motif, d'après cet auteur, ou une vente effective, ou une modification de conditions personnelles ou une disposition testamentaire. La *nexi obligatio* peut avoir pour cause ou un véritable prêt ou tout autre négociation. La *nexi liberatio* donnait l'efficacité civile, soit à un payement effectif, soit à un payement simulé. L'auteur arrive ainsi, au moyen de l'application générale de la forme solennelle, à la définition du *nexum*

(1) *Des nexi, loc. cit.*

indiquée par Festus, Varron et Cicéron. Il reconnaît que cette définition s'attache au caractère extérieur. Le *nexum*, d'après les jurisconsultes anciens, n'exprime qu'un fait, car il ne consiste proprement que dans l'observation de certaines formes, dans l'emploi du cuivre et de la balance ; mais le *nexum* tenait à vrai dire sa vitalité juridique du caractère politique et religieux dont il était revêtu et, plus tard, de l'intention civile qui présidait à son accomplissement matériel. M. Giraud explique ensuite le caractère religieux de l'acte dans lequel la *nuncupatio* déterminait le but final.

Ainsi, d'après cet auteur, le *nexum* se composait de deux choses : la forme publique et le pesage de l'argent (l'*æs et libra*). « La prestation, jointe au caractère public, voilà ce qui donnait à l'acte son essence juridique. » Plus tard, lorsque la balance devint une simple formalité, la *nuncupatio* exprima seule le caractère de l'affaire. Selon ce jurisconsulte, l'office de la *nuncupatio* était donc de déterminer la nature spéciale de l'application du *nexum* dans les divers cas. Depuis cette époque, M. Giraud admet la subdivision du *nexum* donnée par Mucius Scævola : il suit à peu près l'opinion de Savigny et de Scheurle, en considérant aussi le *nexum* comme le genre et la *mancipatio* comme l'espèce.

« Mais ce rapport de subordination, dit le jurisconsulte, se change, d'après la définition de Scævola, en un rapport de coordination. *Mancipium* désigne alors la transmission de propriété effectuée *per æs et libram*, et *nexum* l'obligation créée *per æs et libram*. »

M. Giraud réfute l'opinion de Scheurle, « que le *nexum* était le mot générique qui comprenait déjà le

mancipium ajouté seulement par redondance. » Ce savant veut trouver dans le *nexum* et le *mancipium* le rapport juridique d'obligation à propriété, de *vindicatio* à *condictio*.

« Le *mancipium*, ce sont ses propres expressions, en soi n'était pas un *nexum*, mais il ne pouvait exister sans *nexum*. »

Nous ne pouvons continuer la réfutation de ce travail aussi savant qu'ingénieux, de crainte de nous trop écarter de l'objet que nous nous proposons de traiter, mais nous croyons devoir exposer les arguments principaux sur lesquels M. Giraud base son opinion.

L'avis que nous nous sommes permis d'émettre diffère, on le voit, sur bien des points de celui de M. Giraud.

Nous devons déclarer cependant que nous nous sommes bornés à suivre la voie indiquée par le jurisconsulte français, que lui-même n'a pas suivie avec toute la logique qu'on était en droit d'attendre d'un esprit si éclairé.

M. Giraud dit expressément que le « *mancipium* en soi n'était pas un *nexum*, mais il ne pouvait exister sans *nexum* (1). »

Nous avouons ne pouvoir comprendre cette phrase. M. Giraud entend-il par *nexum* l'emploi de la balance et du cuivre? Alors la *mancipatio* ne diffère plus en rien du *nexum*, et la définition de Scævola n'a pas sa raison d'être. L'auteur tombe ainsi dans l'erreur de Puchta, qui confond complètement le *nexum* avec la *mancipatio*, ce que M. Giraud combat énergiquement. Voudrait-il entendre par *mancipatio* et *nexum* la par-

(1) *Des nexi, loc. cit.*, p. 47.

tie et le tout, en faisant ainsi une division arbitraire dans le *nexum*, et en donnant à la fois au *nexum* un sens trop large, en y comprenant tous les actes où on emploie *l'æs et libra*, et un sens trop restreint en accordant ce nom seulement aux actes, aux transactions qui portent le caractère d'un lien obligatoire? Le *nexum* serait donc, d'après ce jurisconsulte, le tout, et la *mancipatio* la partie. Il faut reconnaître, en ce cas, que cette expression est bien malheureuse et manque même de justesse et de vérité. D'ailleurs, cette combinaison devient impossible par l'opinion dont l'auteur la fait suivre immédiatement : « En soi, dit-il, il est certain que *nexum* et *mancipium* étaient dans le rapport juridique d'obligation à propriété. »

Ce qui montre assez clairement que M. Giraud fait bien une distinction entre *nexum* et *mancipium*, en n'attribuant pas au premier la notion de la totalité. Selon ce jurisconsulte lui-même, l'un représente le lien obligatoire, l'autre la transmission de la propriété, conformément à la définition de Scævola. Il dit que ces deux actes exprimaient les deux grands domaines du commerce des choses. Il est indubitable qu'il y a une certaine connexité entre ces deux branches du droit : mais M. Giraud n'est-il pas allé trop loin en disant que le *mancipium* ne pouvait exister sans *nexum?* N'a-t-il pas commis une inconséquence en émettant cette opinion, après avoir admis que, dans le *mancipium*, le payement était réel, et qu'il n'était que fictif dans le *nexum?* M. Giraud n'avait qu'à suivre directement la route qu'il s'était tracée, et la vérité ne pouvait lui échapper.

Mais, c'est justement parce que le payement était réel dans l'acte du *mancipium* que la propriété était

transmise, et parce que la propriété était transmise que le payement était réel. L'un était la conséquence naturelle de l'autre. Il en était de même avec le *nexum*: Là, le payement était fictif, la propriété ne pouvait par conséquent être transmise, et cet acte ne pouvait avoir pour objet qu'un lien obligatoire. Plus tard, lorsque les exigences d'un crédit développé et les nécessités sociales rendirent trop gênant le payement réel dans le *mancipium* et le transformèrent en payement fictif, la *nuncupatio* exprima l'intention des parties. Ainsi, celles-ci veulent-elles contracter un lien obligatoire, alors l'acte est nommé *nexum;* veulent-elles transmettre une propriété, il est nommé *mancipium*.

Les différences qu'on a voulu trouver dans les définitions de Mamilius et de Scævola ne sont qu'apparentes. L'un décrit l'acte du *nexum* et du *mancipium* dans ses formes extérieures, l'autre l'expose dans son caractère intérieur, dans ses conséquences juridiques. Le résultat de nos conjectures est, on le voit, le même que celui de M. Giraud, mais les voies par lesquelles nous arrivons à ce résultat sont très-différentes. Nous ne pouvons admettre que le *mancipium* ait jamais été dans un rapport de subordination avec le *nexum;* nous pensons, au contraire, qu'il a toujours été dans un rapport de coordination. Dans quel état de choses, en effet, M. Giraud peut-il trouver l'existence de cette subordination? Une semblable décision nous parait complètement arbitraire et contraire à toute combinaison logique.

Un autre jurisconsulte français, Jules Tambour, parait admettre l'opinion de Sell, qui soutient l'identité entre le *nexum* et le *mancipium*, en disant qu'aucun

mancipium ne peut exister sans *nexum*, ni un *nexum* sans *mancipium*. Tambour dit, en effet : « Le nom de *nexi* vient de *nexum*, forme antique du contrat chez les Romains, dont l'application paraît avoir été générale et s'être étendue également aux translations de propriétés et aux obligations (1). »

Notre exposé a déjà réfuté cette opinion.

§ 3.

CONSÉQUENCES DE L'ACTE FAIT PAR LA FORME DU *NEXUM*.

La publicité qui accompagnait l'acte du *nexum* augmentait le droit du créancier à l'égard de son débiteur. Le créancier se mettait, pour ainsi dire, sous la tutelle de l'État et invoquait tout le peuple comme témoin de l'acte qu'il contractait. Ainsi que nous l'avons dit, cette formalité devait produire en faveur du créancier des droits égaux à ceux qu'avait l'État contre les citoyens. Le débiteur, en se soumettant à la forme du *nexum*, se plaçait dans une condition qui pouvait lui être plus tard très-défavorable, puisqu'elle pouvait même atteindre son existence individuelle, ainsi que nous le verrons bientôt.

Quelle était maintenant la condition du débiteur ayant contracté une dette par l'acte du *nexum* ? C'est là une question non moins controversée que la précédente.

Puchta soutient que le *nexus* se mancipait lui-même : que le débiteur donnait sa personne au créancier, comme un gage personnel, comme *pignoris*

(1) Jules Tambour. *Des voies d'exécution sur les biens du débiteur*, t. I. Paris, 1852, p. 7.

nexus (1). Cette opinion, déjà émise par Salmasius et par Gronovius paraît être justifiée par deux considérations :

1° Dans les sources où nous avons puisé, l'expression *res nexæ* signifie quelquefois *choses hypothéquées*. Mais cette expression était employée, dans un temps très-reculé, où *nectere* avait plutôt une signification générale et indéterminée comme celle d'*obligare*. L'institution des *nexi* était déjà abolie depuis plusieurs siècles, elle n'appartenait plus qu'à l'histoire et par conséquent on ne peut soutenir que l'institution des *nexi* forme l'objet dont s'occupent nos auteurs.

2° On a voulu trouver une analogie entre le *nexum* et la *fiducia*. Dans la *fiducia* on emploie l'*æs et libra* pour engager les choses et dans le *nexum* pour engager la personne. Quoique vraisemblable, cette analogie ne peut supporter une analyse sérieuse. Le *mancipium* pour les hommes libres est certainement une vieille institution, mais il n'avait lieu qu'au cas d'une mancipation d'un fils par le père, d'une femme par le mari (2); mais jamais on ne trouve trace de l'émancipation d'un homme libre par lui-même.

Puchta pourtant l'admet et soutient encore que la mancipation avait un caractère conditionnel et éventuel, car elle ne devient efficace que lorsque la dette ne peut être payée au terme échu. Une semblable opi-

(1) Puchta, *Cursus der Institutionen*, vol. III, 4. édit. Leipsig, 1857, p. 81.

(2) Gaius, lib. III, § 117, 118, 118a, 141. - Ulpianus, *Frag.*, tit. II, 55.

nion est purement arbitraire, car chaque mancipation, limitée par une condition de terme, était nulle (1).

Sell suit à peu près les mêmes errements avec de légères modifications. Le débiteur, dit-il, n'engage pas sa propre personne, mais ses *operæ* et encore pas toutes ses *operæ*, mais bien ses *operæ futuræ*. La base principale de son opinion est une interprétation très-forcée de la phrase de Varron : *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam (quædam) debebat (debet, dat) dum solveret, nexus vocatur, ut ob œre oberatus* (2). Le débiteur, soutient-il, n'engageait pas son corps. mais il vendait ses *operæ* au créancier. Le débiteur lui doit toutes ses *operæ*. depuis le moment de l'échéance de la dette qu'il n'a pas liquidée jusqu'au parfait payement. Le débiteur engagé par le *nexum* passe, pour ainsi dire, par des situations bien distinctes. Tant qu'il est dans le *nexum initium*, c'est-à-dire dans la période qui commence à la conclusion de la mancipation pour finir à l'échéance de la dette, le débiteur est complètement libre.

Mais dès que le terme de l'échéance est passé, le *nexum se dare* suit immédiatement ; car le créancier pourrait le retenir enchaîné dans sa maison, où, avec sa permission, le débiteur avait le droit de se faire remplacer par un autre, accepté par le magistrat et

(1) *Fragmenta juris Romani vaticana*, § 329. — *Lex* 77 *D. De reg jur.*, L. 17.

(2) La lecture de cette phrase est très-controversée. O. Müller dans le *Römisches Museum*, vol. 5, p. 158, donne la correction de cette phrase. — M. Giraud, dans son *Traité sur les Nexi*, p. 56, donne aussi les différents essais de la lecture de cette phrase.

adressé par ce dernier au créancier. Le droit du créancier sur le débiteur ne consistait pourtant en autre chose qu'en la faculté de le retenir jusqu'au moment où il avait payé la somme due, ou du moins l'aurait liquidée par son travail. Il suit de là que le débiteur ne subissait aucune *diminutio capitis* (1).

Sell réfute ensuite l'objection qu'on pourrait lui faire sur la mancipation des *operæ illiberales*, car celles-ci n'étaient pas des *res mancipi*. Le *nexi*, dit-il, n'était pas des *jure*, mais *facto servi*, car un homme libre pouvait aussi *servire*. L'expression *servitus* pouvait par conséquent s'employer aussi pour *operæ servi*. Il cite à l'appui de son opinion la *Loi 4*, § 4, *D. De statu lib.* XL, 7. L'homme qui vendait ses *operæ per æs et libram* se mettait dans une semblable *servitus*, et c'est pour cela aussi qu'il était nommé *servus;* et il parait, dit ensuite Sell, que l'homme libre, qui vendait ses *operæ*, se gérait comme un esclave et par conséquent comme une *res mancipi*.

La réfutation de cette opinion, faite avec un grand succès par Bachofen, est adoptée par M. Giraud. L'idée que le débiteur engage ses *operæ futuræ inde a die solutionis haud servato, usque ad veram solutionem*, lui fournit l'occasion de bâtir son système. Le *dies*, soutient-il, était admis tacitement et, par conséquent, la règle générale, posée par Papinien, qu'aucune mancipation n'est admissible à terme ou à condition, est contrebalancée par l'exception que le même jurisconsulte a faite. *Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium afferunt* (2).

(1) Sell, *De jure Romano nexo et mancipio*. — Brunswig, 1840, p. 41-49.

(2) *Lex* 77, *D. De reg. jur.* L, 17.

« C'est à l'abri de cette *exceptio*, comme le dit très-bien M. Giraud, que Sell place également la mancipation conditionnelle des *operæ*. De cette manière, il fait glisser sa théorie entre les nombreux écueils qui semblent à tout moment près de la faire échouer (1). »

Mais ce qui est encore plus insoutenable dans l'opinion de Sell, c'est de chercher dans le prêt des *operæ* le prix de la vente de la personne, en admettant même qu'on n'eût pas, aux temps reculés de l'histoire de Rome, une ligne de démarcation bien tranchée entre la vente et le louage, car, d'après ce jurisconsulte, le *mutuum* deviendrait impossible sans une aliénation des *operæ* dans le cas où le *mutuum* pur et simple ou le *nexum* n'ont pas lieu ; il est cependant assez connu que les *operæ* ne doivent pas être nécessairement unies au *mutuum ;* qu'elles sont plutôt une chose accidentelle et résultant d'une convention expresse ; qu'à aucune époque la vente ne fut la base d'un *mutuum*, et qu'enfin le *mutuum*, s'il ne renferme pas l'application seule du *nexum*, en renferme du moins la principale.

La phrase de Varron : *Liber qui suas operas in servitutem..... quam debet, dat, dum solveret.,.,. ut ob œre obœratus*, n'offre pas du tout le résultat que Sell veut y trouver. Le sens grammatical des mots de cette phrase combiné avec ce qui précède montre assez clairement que Varron ne veut que définir et rapporter une troisième espèce ou application du *nexum*, qui se rattache d'une manière spéciale aux deux catégories fixées par Scævola.

« Il n'a pas voulu, continue M. Giraud, compléter par un exemple la démonstration de son application ; il a seulement annexé à son explication, et sans y atta-

(1) Giraud, *Des Nexi*, *loc. cit.*, p. 54.

cher l'importance d'une conclusion, l'indication d'un cas particulier qui imprime une nouvelle face à la question. Les *textes de Varron* n'indiquent qu'un second objet possible de la *nuncupatio* dans le *mutuum*. Il est ici évidemment question d'une *satis datio* d'un genre particulier pour garantir plus fortement au créancier l'obligation fondée sur le *nexum* (1). »

Operas suas ne peut signifier la mancipation de soi-même, ni une dation en esclavage du débiteur au créancier, car cette aliénation de la liberté personnelle serait nulle, Du reste, toutes ces combinaisons ne sont basées que sur de simples suppositions sans aucun appui sur les bases du droit romain.

Zimmern (2) croit que le *nexus* était celui qui se mancipait lui-même, qui se plaçait dans le *mancipium* du créancier et subissait, par conséquent, la *capitis deminutio*. Et cet effet n'a pas seulement lieu pour lui-même, mais encore pour sa famille et sa fortune. Avant l'échéance, le débiteur était *nexus* ou *nexu vinctus*, puis *nexu solutus*. Seulement, la possession n'accompagnait pas immédiatement le droit du créancier. Le *nexus*, c'est-à-dire le débiteur qui a vendu sa personne, conserve, jusqu'à l'échéance de sa dette et jusqu'au moment où le créancier pourra exercer son droit, la possession de son ancien état et est comme libre. Cependant, le *nexus* ayant manqué une fois à son honneur et à ses engagements, l'effet produit par le *nexum* ne pourra jamais s'effacer, et le débiteur qui s'est racheté par le payement sera toujours considéré comme *quasi libertus*.

(1) Giraud, *Des Nexi*, p. 54, 63. — Bachofen, *Nexum*, *loc. cit.*, p. 21, 27, 64, 68.

(2) *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian*, vol. III, Heidelberg, 1829, p. 114.

Bonjean partage aussi cette opinion (1). Il admet également que, de même que le débiteur pouvait manciper sa chose au créancier, avec *fiducia*, c'est-à-dire avec faculté de la retirer en payant à l'échéance, il pouvait aussi manciper au créancier sa personne, sa famille et ses biens. Le débiteur et sa famille tombaient alors dans le *mancipium* du créancier (*Val. max.* VI, 1, 9) « Par conséquent, continue Bonjean, le *nexus* subit une diminution de tête; il est *capite minutus* avant d'être *addictus*. Le *nexus*, bien qu'esclave de droit, jouit, jusqu'à l'échéance, de la liberté de fait, il entraîne avec lui sa famille et ses biens. Le *nexus* pour être libéré a besoin d'une *manumissio;* et étant libéré, il reste *quasi libertus* du créancier qui l'a affranchi. »

Ce qui résulte incontestablement de la phrase de Varron, c'est qu'en cas d'insolvabilité, le débiteur engage son travail. La situation de sa personne se trouvait changée de fait, mais non pas de droit.

M. Giraud, en adoptant le système de Savigny, convient aussi qu'un tiers libre, qui a contracté une affaire par le *nexum*, peut s'exposer à l'addiction, c'est-à-dire à la servitude, et lorsqu'il est tombé dans la servitude, il y reste jusqu'au complet payement de sa dette. Pendant ce temps, le débiteur est nommé *nexus* (2). » En effet, par le *nexum*, le débiteur ne se rendait pas esclave dans le sens juridique du mot ; il n'était pas dans la *justa servitus*, mais il était dans la servitude de fait. Les mots de Varron : *qui suas operas in servi-*

(1) *Traité des actions ou expositions historiques de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains*, Paris, 1841, vol. I, p. 405 et 406.

(2) Savigny. *Römisches Schuldrecht*, *loc cit.*, p. 415.

tutem dat, montrent seulement qu'un homme libre était obligé de rendre des services serviles à son créancier, sans en être tout à fait l'esclave. Ainsi que le fait très-bien observer M. Giraud, le mot *operæ* employé par Varron prouve suffisamment qu'il entend ici le service de fait, rendu par un homme libre de droit et pour distinguer du *servile ministerium* de la *dominii* ou *potestatis causa* (1).

En admettant cette opinion, on aura donc les conséquences nécessaires de cette situation. Le *nexus* ne subira plus une diminution de tête ; il conservera sa *civitas;* il pourra servir dans les légions, voter dans les comices ; en un mot, il conserve toute l'intégrité de sa capacité politique. Sa fortune ne peut non plus être attaquée, du moins quant au fond : il conserve, en soi, ses droits de *pater familias* et d'agnat. Le créancier n'avait sur son débiteur que le pouvoir accordé sur l'activité du *nexus;* il pouvait le traiter comme *force productive* et pouvait l'exploiter à son profit. Il n'avait donc ni un droit de *dominium,* ni un *mancipium,* ni même une *potestas* sur le débiteur (2).

Tambour adopte le même système (3). Il croit aussi qu'un homme libre ne pouvait jamais se placer dans le *mancipium* d'un autre.

Troplong pense aussi que le *nexus* conservait sa qualité d'homme libre, bien qu'il se plaçât, par la mancipation, dans le domaine du créancier. Devant la société, il restait libre, mais, à l'égard de son créancier, il était en servitude. Il n'était pas esclave, comme le

(1) Giraud, *Des nexi*, *loc. cit.*, p. 65.

(2) Giraud, *loc. cit.*, p. 75, 76.

(3) Tambour, *Des voies d'exécution*, *loc. cit.*, p. 9, 10.

dit Troplong, dans le sens absolu; il ne l'était que dans le sens relatif, subtilité de distinction parfaitement faite par la langue latine, en se gardant bien d'appliquer au *nexus* la qualification excessive de *servus*, mais en disant de lui qu'il était *in servitutem* ou *in servitute* (1).

Ce qu'il nous est impossible de comprendre, c'est l'idée de Troplong, ne voulant pas admettre l'addiction du débiteur de la part du préteur. Cet auteur croit que le débiteur se livrait lui-même, soit au moment du contrat, soit à une époque ultérieurement convenue : en d'autres termes, le *nexus* ne subissait pas l'addiction. Cette opinion nous paraît très-risquée. Nous croyons plutôt que l'addiction, ici comme ailleurs, était indispensable.

Il ne faut pas, en effet, confondre le *nexus* et l'*addictus*. Le *nexus* était le débiteur qui avait contracté une dette *per æs et libram* jusqu'au terme de l'échéance. L'*addictus* était le *nexus* qui n'avait pas fait honneur à ses engagements. Toutefois, en cas de *nexum*, le préteur n'avait pas à rechercher la cause du litige ; il devait forcément prononcer l'*addictio*, dès que le créancier prouvait l'existence de la dette par la forme du *nexum*. Cette preuve n'était pas d'ailleurs très-difficile à faire. Les cinq témoins et le *libripens* pouvaient suffisamment justifier la réalité de l'existence de l'acte. Mais soutenir que le créancier pouvait, partout où il rencontrait son débiteur, l'arrêter et l'emmener chez lui, nous paraît une opinion trop risquée.

(1) Troplong, *Le droit civil expliqué suivant les art. du code*, t. XVIII : De la contrainte par corps en matière civile et de commerce, Paris, 1847 ; préf. p. 27, 28.

Dans l'addiction, le préteur ne résout pas un litige, puisque dans tous les cas, lorsque l'*addictio* a lieu, le litige est déjà vidé. L'État ne pouvait pas méconnaître les droits du créancier par la voix du préteur. Bien plus, le préteur autorisait le créancier à saisir ou à arrêter des choses ou des personnes placées sous sa protection. Or, soutenir qu'un droit si fort pouvait être accordé à un tiers, en dehors de l'autorité compétente, nous paraît vraiment trop hardi.

Chaque créancier aurait donc pu, suivant l'opinion de Troplong, détruire à son gré et sans autre formalité, l'existence d'un citoyen romain? Nous ne le croyons pas et nous pensons que cet argument seul suffise pour détruire l'opinion contraire.

Nous avons déjà soutenu, au commencement de l'exposé du *nexum*, que cette forme servait à changer une obligation quelconque en une obligation de dette d'argent et attribuait ainsi à la première les conséquences rigoureuses qui accompagnaient la seconde. Les conséquences d'une dette d'argent ne pouvaient se produire sans l'autorisation de la justice : *in ius ducito* est l'impératif catégorique des Douze Tables. Nous ne trouvons aucune raison pour accorder au *nexum* un plus grand avantage sur la dette d'argent. Le *nexus* devient aussi bien *addictus* que le débiteur d'une dette d'argent.

Cette différence entre le *nexus* et l'*addictus* n'en a pas moins son importance. Elle fut pour la première fois établie par Niebuhr. Le débiteur contractant une dette par la forme du *nexum* devient *nexus* et s'il ne paye pas au terme échu, alors il devient *addictus* (1).

(1) Niebuhr, *Römische Geschichte*, vol. I, 3e édit., p. 637-645; vol. II, 2e édit., p. 667-673; vol. III, p. 178, 181.

Ainsi chaque *addictus* devait, avant de le devenir, être *nexus ;* mais un *nexus* n'était pas et ne devenait pas forcément *addictus.* Car en payant la dette au terme échu, le *nexus* brisait ce lien et rentrait dans la condition de l'homme libre. Rein aurait, par conséquent, raison de dire « que la servitude résultant du *nexus* ne différait en rien de celle ayant lieu en vertu d'un jugement (1). » Cet auteur voulait entendre par là qu'en cas de *nexus*, la discussion du litige devant le préteur ne peut avoir lieu ; mais il n'exclut pas pour cela l'*addictio* de la part du préteur, car le *nexum* avait pour conséquence une exécution conventionnelle, tandis que la discussion inhérente à un jugement avait pour conséquence une exécution prétorienne.

Huschke est du même avis. Il croit aussi que le débiteur ne pouvait être saisi sans formalités de la part du créancier. Il fallait, d'après lui, une sommation, et peut-être aussi une dénonciation devant les témoins présents à la conclusion de l'acte (2).

Cette opinion nous semble trop recherchée; il est probable plutôt qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier le conduisait devant le préteur et celui-ci devait l'adjuger forcément, comme s'il avait été condamné, à la condition, bien entendu, que le créancier démontrât la conclusion d'une transaction par la forme du *nexum.* On dira peut-être que, puisque le préteur était forcé de prononcer l'addiction, le débiteur n'avait aucun intérêt à faire valoir cette formalité et à se soustraire à l'exécution immédiate. La réponse est

(1) Rein, *Das Privat-Recht und der Civil-Process der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinian,* Leipsig, 1858, p. 653.

(2) *Das Recht des Nexum*, Leipsig, 1846, p. 54.

facile. Le débiteur, devenant insolvable, subissait la *manus iniectio*, conformément à la loi des Douze-Tables (1).

Par cette procédure, il s'exposait à de graves conséquences; mais il pouvait aussi profiter des avantages de cette *legis actio*. La *manus injectio* est, comme on le sait, une action personnelle ayant lieu contre celui qui a avoué une dette d'argent (*æris confessi*), ou qui a été condamné légalement. Toutefois, cette exécution ne pouvait avoir lieu sans qu'un délai de trente jours fût concédé au débiteur, afin de lui laisser le temps de se procurer l'argent nécessaire pour satisfaire son créancier. Les termes de la loi des Douze-Tables sont : *triginta dies iusti sunto*, et Aulu-Gelle fait ajouter par Sextus Cecilius la considération suivante : *eosque dies decem viri iustos appellaverunt, velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitionem quandam et cessationem; quibus diebus nihil cum his agi jure posset* (2). Ce qui veut dire que le créancier devait amener le débiteur devant le préteur, et là expliquer, dans des formules déterminées, la saisie et sa cause (la condamnation légale ou l'aveu), la somme précise de la dette et le non-payement.

Gaius affirme dans les termes suivants la conception de cette formule : « *Quod tu mihi iudicatus, sive damnatus* (il faut ici certainement ajouter *confessus*) es

(1) Nous avons déjà fait remarquer que le *nexus* étant assimilé à un débiteur d'une dette d'argent, toute la procédure qui avait lieu pour ce dernier, devait conséquemment s'appliquer aussi au premier.

(2) Dans le cas d'une insolvabilité d'un *nexus*, le créancier se contentait de démontrer la formation de l'acte du *nexum*, par lequel le débiteur était lié.

sestertium x milia quæ ad hoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x millium iudicati manum inicio (1).

Si après cette formalité, le débiteur ou tout autre pour lui ne satisfaisait pas encore son créancier, celui-ci était autorisé par le préteur à le conduire dans sa maison (*domum ducitur*) et à l'y retenir prisonnier.

§ 4.

LA *MANUS INIECTIO*.

Cette forme de *legis actio* était employée au commencement contre le *confessus* d'une dette d'argent et le *iudicatus;* mais, comme le dit Keller, elle fut de très-bonne heure transformée artificiellement et appliquée aux autres créances auxquelles la loi attribuait un caractère privilégié (2). Les conséquences de cette procédure étaient très-graves, puisqu'elles pouvaient aller jusqu'à l'extinction de l'individualité du débiteur; pourtant elle n'enlevait pas au débiteur les moyens de se soustraire à cette procédure, auquel le *in ius ducito* offrait en effet un grand avantage. Celui-ci, au moment où il était conduit devant le préteur, pouvait encore se soustraire à la domination de son créancier par le payement de la dette ou par la prestation d'un *vindex*. *Ni iudicatum facit aut quis cndo em iure vindicit secum ducito* prescrit la loi des Douze Tables ; ce qui veut dire que le créancier n'avait pas le droit d'amener

(1) Gaius, *Inst. Lib.*, 4, § 21, d'après Huschke, *Jurisprudentia, Anteius*, p. 256.

(2) Gaius, *Inst. Lib. 4*, § 21, d'après Huschke, *Jurisprudentia Anteius*, p. 256. — F. L. de Keller, *der römische Civil-Process und die Actionem*, 3e édit., Leipsig, 1863, p. 78.

chez lui son débiteur que lorsque celui-ci ne pouvait pas payer, ou du moins donner un garant. Mais, dès que l'un de ces deux cas se présentait, cette procédure était arrêtée et devait faire place à une autre. Ainsi, un *vindex* était-il présenté par le débiteur, le créancier était forcé d'engager avec lui un procès dont l'issue pouvait être favorable à ce débiteur. Cependant, comme la loi ne voulait pas non plus multiplier les procès faits à la légère et donner au débiteur de mauvaise foi une occasion de se soustraire aux poursuites légales, elle aggravait la position du *vindex*, afin de ne pas encourager la légèreté dans la garantie. Le *vindex*, en garantissant la dette du débiteur, s'exposait, en effet, à de graves conséquences. En cas de perte du procès, il subissait une double condamnation pour la dette ; mais aussi, dès que le créancier poursuivait injustement son débiteur, le *vindex* avait le droit de faire acquitter ce débiteur, bien que celui-ci ne pût pas se défendre : *Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat* (1).

Si le débiteur ne payait pas et ne trouvait personne qui voulût se rendre garant pour lui, alors, mais seulement alors, *domum ducebatur ab actore et vinciebatur* (2). La *manus iniectio* était ainsi, non un emprisonnement réel du débiteur pour empêcher sa fuite, mais aussi un acte juridique par lequel il était privé *de legitima persona standi in iudicio*, qui lui ôtait le droit de se défendre lui-même. Il pouvait seulement se faire représenter par un *vindex ;* car une fois ad-

(1) Gaius, *Inst.* IV, 21.
(2) Gaius, *Inst. loc. cit.*

jugé par le préteur à son créancier, celui-ci avait le droit de l'enmener chez lui, de le garder prisonnier et même de le lier avec des courroies, ou de le charger de chaînes. La source où nous puisons la connaissance de cette procédure est la loi des Douze Tables. Le fragment de ces tables qui traite le sujet offre quelques difficultés d'interprétation. Aulu-Gelle lui donne la forme suivante : *Ni iudicatum facit aut quis endo em iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo, aut compedibus, quindecim pondo, ne minore, aut, si volet, maiore vincito.* Mais la plupart des interprètes de ce fragment changent l'ordre des mots en plaçant *majore* le premier et *minore* ensuite. Ils lisent donc ainsi ce fragment : *Ni iudicatum facit..... secum ducito vincito..... compedibus quindecim pondo ne maiore, aut, si volet, minore vincito.*

Cette interprétation, déjà faite par Cujas, dans son manuscrit sur Aulu-Gelle et suivie par la majorité des jurisconsultes, est aussi la plus juste et la plus conforme à l'humanité. Il est évident que la loi voulait plutôt mettre un frein au mécontentement du créancier qu'encourager la dureté et les mauvais traitements, en lui donnant le droit de charger son débiteur de chaînes du poids de quinze livres. Aussi leur donnait-elle la faculté de se servir de chaînes moins lourdes.

Ceux des commentateurs qui soutiennent l'ordre des mots reproduits par Aulu-Gelle, disent : « Ce que la loi voulait, c'est justement l'exercice de la sévérité prescrite par elle, en défendant au créancier d'user envers son débiteur de plus de clémence qu'elle-même, puisque sa tendance était de décerner, contre la mauvaise foi du débiteur, une peine rigoureuse. » Mais ces commentateurs oublient qu'une semblable

prescription n'aboutirait à autre chose qu'à l'interdiction de tout sentiment d'humanité, de bienfaisance et de commisération. Il est, par conséquent, plus probable que le but de la loi était d'empêcher la fuite du débiteur au moyen de chaînes du poids de quinze livres. De cette façon, le créancier se trouvait suffisamment assuré de son droit; mais la loi ne pouvait lui interdire d'y renoncer, ou de traiter son débiteur avec plus de douceur.

Le débiteur enchaîné demeurait dans la maison de son créancier; celui-ci était obligé de le nourrir, quand le débiteur n'avait pas lui-même les moyens de subvenir à ces frais. Le débiteur devait recevoir une livre de farine, ou davantage, suivant la volonté du créancier. Aulu-Gelle traduit ce fragment en ces termes : *Si volet, suo vivito, ni suo vivit (qui eum vinctum habebit) libras farris endo dies dato; si volet plus dato* (1).

Godefroy fait la paraphrase suivante : *Debitor ita nexus si poterit suo vivit; si non poterit tum creditor, qui eum vinctum habebit, singulas farris libras in singulos dies ei dato; si volet plus ei pro arbitrio dare licito* (2).

Les derniers mots, *si volet plus dato* du fragment d'Aulu-Gelle, affirment la supposition faite dans le fragment antérieur. Entre celui-ci et l'autre, il y a une connexité d'idée et une analogie de faits. Dans ces deux fragments, la loi prescrit le traitement du débi-

(1) Bouchaud, *Commentaire sur la loi des Douze Tables*, 2ᵉ édit. Paris, 1803, t. I, p. 419. — Aulu-Gelle, Ed. Nisard, p. 744.

(2) *Jacobi Gothofredi Ic. opuscula varia, iuridica, politica, critica.* Genevæ, 1654, t. II.

teur, mais sans mettre une limite à la pitié et à la clémence du créancier. Une autre raison à l'appui de notre opinion, c'est la situation même du débiteur. Celui-ci n'est, pour ainsi dire, pendant ce temps, qu'un gage entre les mains du créancier. Pendant les soixante jours qui suivent la *manus iniectio* et *in ius ducito*, il a toujours le droit de s'arranger avec lui et de recouvrer sa liberté, malgré la volonté du créancier. *Erat autem ius interea pociscendi*, fait dire Aulu-Gelle à Sextus Cecilius, *ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies sexaginta* (1).

Le créancier, étant forcé d'entretenir son débiteur, avait aussi pendant ce temps le droit de le faire travailler ; mais le revenu ou la valeur de ce travail venait en déduction de la dette, du capital ou de l'intérêt, suivant l'analogie des fruits d'un gage ou d'une hypothèque.

Dans la période des soixante jours, le créancier était encore obligé d'amener son débiteur, trois jours de marché consécutifs, devant le préteur, au *comitium*, c'est-à-dire dans cette partie du Forum où se tenait l'assemblée du peuple, et là de faire proclamer à haute voix par l'huissier le montant de sa créance. De cette façon, le débiteur pouvait se procurer la possibilité d'être délivré par quelqu'un ayant pitié de sa position. *Inter eos dies*, continue Aulu-Gelle, *trinis nundinis continuis, ad prætorem, in comitium producebantur, quantæque pecuniæ iudicati essent prædicabatur* (2).

Trinis nundinis continuis signifient les trois jours

(1) Aulu-Gelle, *Noct. att.* 20, I.

(2) Aulu-Gelle, *loc. cit.*

de marché consécutifs qui avaient lieu dans un intervalle de dix-sept jours. Ainsi, par exemple, si le premier du mois était un jour de marché, le second avait lieu le 9 et le troisième le 17. Chaque neuvième jour était un jour de marché, en y comprenant le jour du marché passé et celui du marché suivant. Il y avait donc sept jours sans marché.

« Il est assez connu, dit Bouchaud, que les gens de campagne, après avoir passé huit jours entiers à travailler aux champs, se rendaient le neuvième jour à Rome pour vendre leurs denrées, faire suivre leurs procès, pour prendre connaissance des lois qu'on projetait de faire, en un mot, pour vaquer à toutes leurs affaires. De là, ces jours de marché furent appelés *nundinæ* par les Romains, de chaque neuvième jour et comme qui dirait *novem dinæ* (1). »

Le délai de soixante jours étant expiré, et les formalités de la procédure exigées par la loi étant accomplies, le créancier pouvait tuer son débiteur ou le vendre comme esclave. La sévérité des prescriptions de cette loi épouvante les esprits modernes. Aulu-Gelle cependant prétend l'avoir conservée dans toute son étendue. D'après lui, cette loi serait ainsi conçue : *Tertiis nundinis, partis secanto, si plus minusve secuerunt se fraude esto.*

Il la fait encore précéder de la considération suivante : *Et quidem verba ipsa legis dicam ne existimes invidiam me is tam forte formidare.* Ce qui prouve qu'Aulu-Gelle prétend avoir rendu la loi dans ses propres termes. Une semblable affirmation ne pourrait être mise en doute qu'après des preuves bien établies

(1) Bouchaud, *Commentaires*, *loc. cit.*, p. 449, 450.

qui renverseraient cette assertion. Néanmoins, comme la sévérité de cette loi serait effrayante, quelques jurisconsultes ont mis en doute son existence.

Byntherschok, le premier, a rejeté l'interprétation littérale de cette loi. Il veut traduire *sectio in partes* par la vente publique du débiteur et le partage du prix entre les créanciers (1). D'autres jurisconsultes, sans aller aussi loin que Byntherschok, ont soumis cette loi à une interprétation forcée. Ainsi, Dabelow (2) entend par *sectio in partes* le partage du patrimoine du débiteur entre les créanciers. Le débiteur, dit-il, devenant une fois esclave, il est évident que son patrimoine tombait entre les mains de ses créanciers, puisqu'un esclave ne peut rien posséder. Si le débiteur n'a pas de patrimoine, les créanciers se partagent les bénéfices produits par son travail, et il devient ainsi l'esclave commun de tous. Enfin, les créanciers pouvaient encore le vendre et se partager le produit de la vente.

Des derniers mots de cette loi : *si plus minusve secuerunt se fraude esto*, Dabelow croit pouvoir effacer la prescription formelle par la considération suivante : Le partage fait par les créanciers n'était pas surveillé par l'autorité publique ; il se faisait à l'amiable. Or, si l'un des créanciers était lésé dans son droit, il n'avait contre les autres aucune action de lésion, puisque chacun devait prendre soin de ses propres affaires.

Berriat-Saint-Prix rejette complètement la version d'Aulu-Gelle. Dans une étude aussi profonde que spirituelle, ce savant a su donner quelque probabilité à sa

(1) *Obs. Just. Rom.*, liv. I, ch. I, p. 7.

(2) Dabelow, *Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger*. Halle, 1801, p. 60, 75.

thèse. Il lui manque pourtant des arguments logiques pour détruire l'énonciation si précise d'un ancien auteur. Le scepticisme de Saint-Prix est trop ingénieux et trop recherché pour être une argumentation sérieuse (1).

Tous ces essais pour amoindrir la sévérité de cette loi sont, en effet, trop subtils pour être vrais. Ils sont en contradiction trop formelle avec le texte de la loi pour avoir besoin d'une réfutation. Du reste, cette rigueur de la loi, effroi des jurisconsultes modernes, ne paraît avoir jamais été appliquée. Nous n'avons du moins aucun exemple de son application, et pourtant Tite-Live, dans ses violents discours sur ce sujet, ne la ménage pas (2).

En outre, il ne faut pas croire que la sévérité de cette loi soi aussi effrayante qu'elle le paraît au premier abord. Le débiteur honnête ayant accidentellement perdu sa fortune pouvait facilement trouver un *vindex* qui se chargeait de poursuivre pour lui le procès. C'était d'ailleurs une obligation morale pour les *gentiles* de ne pas laisser un des leurs dans une fausse situation. Si par hasard aucun de ses parents n'était assez expérimenté en droit pour le représenter, on pouvait facilement trouver un individu capable de diriger le procès pour lui, dès qu'on lui avait garanti, bien entendu, tous les risques auxquels il s'exposait par ce

(1) Berriat Saint-Prix. Observations critiques sur la loi par laquelle on prétend que les auteurs des Douze Tables avaient permis aux créanciers de mettre en pièces le corps de leurs débiteurs, lues le 2 mars et le 29 juin 1844 ; insérées dans les *Mémoires de l'Académie royale des sciences morales et politiques de l'Institut de France*, t V, p. 546-585, Paris, 1847.

(2) Liv., VIII, 28. — Valerius Maximus, VI, 1, 9.

procès. Si donc un débiteur ne trouvait personne voulant lui servir de garant, ni aucun parent qui voulût se charger de sa défense, c'est que ce débiteur était de mauvaise foi et n'inspirait de confiance à personne. La procédure rigoureuse prescrite contre lui était dès lors justifiée par la nature des choses. Il est notoire, en effet, que les débiteurs malhonnêtes, les gaspilleurs, les fainéants étaient en grand nombre dans la ville de Rome et le but de la loi était de mettre un terme à cette situation.

Il est hors de doute que cette prescription laisse beaucoup à désirer au point de vue de l'humanité, et notre intention n'est pas de la défendre. Mais nous soutenons que les adoucissements trouvés par quelques jurisconsultes dans cette loi, au moyen d'une interprétation forcée, sont complètement artificiels, et que cette sévérité est parfaitement d'accord avec l'esprit de l'antiquité. La théorie de la peine est une spéculation philosophique moderne, et, pour interpréter une loi ancienne, il ne faut pas l'envisager d'apres ces théories, mais plutôt se rendre un compte exact de la société à l'époque où cette loi a été établie.

§ 5.

MANUS INIECTIO PRO IUDICATO ET PURA.

La *manus iniectio*, d'après ses formes et son droit, ci-dessus exposé, était une procédure extrajudiciaire. Comme nous l'avons vu, le créancier pouvait saisir son débiteur partout où il le trouvait et le mener dans sa maison après l'addiction du préteur.

M. Ihering n'admet pas l'addiction de la part du préteur. D'après lui, le créancier pouvait conduire le dé-

biteur dans sa maison, sans l'autorisation du préteur (1). Nous avons déjà réfuté ailleurs cette opinion. Le créancier pouvait encore tenir son débiteur soixante jours en prison et, ce délai passé, le vendre comme esclave ou le tuer. Mais toutes ces formalités avaient lieu sans le concours du magistrat; c'était là incontestablement une procédure extrajudiciaire. Comment se fait-il, dès lors, que Gaius, en énumérant les cinq *legis actiones*, la compte aussi parmi ces formes de procédures?... *Lege autem agebatur modis quinque, sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem*. Cette question, pour la première fois posée par M. Ihering a sa raison d'être, à cause du développement de cette *legis actio*.

La *manus iniectio*, comme nous l'avons dit, supposait une créance consommée. C'est pourquoi, dans son origine, elle était essentiellement appliquée au *iudicatus* et au *confessus*. Cependant, de très-bonne heure, par suite des exigences de transactions multipliées, la *manus iniectio* fut artificiellement étendue à d'autres créances, auxquelles la loi accordait un caractère privilégié. Dans cette amplification des principes, on n'a pas hésité à accorder au débiteur la permission de se défendre lui-même, sans être forcé de donner un *vindex*. Toutefois, on ne voulait pas ouvrir la porte à des procès entamés à la légère et on conserva la peine de cette « *legis actio;* » c'est-à-dire que le débiteur, succombant dans le litige, était condamné au *duplum*. Cette *legis actio* était nommée *manus iniectio pura*, parce que

(1) Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2e édit., Ire partie, Leipsig, 1866, p. 152.

reo licebat manum sibi depellere et pro se lege agere.

L'autre *manus iniectio* dans laquelle le débiteur ne pouvait se défendre que par un *vindex* et où, en cas de condamnation, celui-ci subissait la peine du *duplum*, était nommée *manus iniectio pro iudicato*. La première fut appliquée par la loi Furia pour l'action contre celui qui *legatorum nomine mortisve causa plus mille assibus cepisset*, et aussi par la loi Marcia, pour l'action *adversus fœneratores de usuris reddendis* (1). La *legis actio per manus iniectionem* pouvait donc être ou *pura* ou *pro iudicato*, c'est-à-dire comprenant la peine du *duplum*, mais avec ou sans *vindex*.

Cette distinction arbitraire donna lieu à beaucoup de confusion et une loi Valeria, introduite par le dictateur Valerius Corvus mit un terme à cette confusion. Elle limita l'application de la *manus iniectio pro iudicato* aux cas anciens, c'est-à-dire contre le *iudicatus* et le *confessus* et pour l'*actio defensi* accordée par la loi Publicia au *sponsor* contre le débiteur pour lequel il avait donné garantie et dont il avait payé la dette, lorsque celui-ci ne la lui avait pas remboursée dans l'intervalle de six mois.

Il résulte de cet exposé que la *manus iniectio pura* fut la forme générale de la *legis actio* et que la *manus iniectio pro iudicato* fut restreinte à des cas particuliers. Le « *vindex*, » en effet, présentait une entrave énorme à l'introduction d'un procès, dans le temps où les liens devenaient de plus en plus détachés ; mais on ne pouvait pas permettre l'engagement de procès frivoles, et c'est pour cette raison que la peine du *duplum* fut conservée. Cette réforme n'était donc qu'une

(1) Liv., VII, 21. — Keller, *Der römische Civil-Process und die Actionen*, 3e édit.; Leipsig, 1823, p. 79.

simplification des éléments de la *legis actio*, supprimant le *vindex*, sans porter atteinte au caractère de la procédure, qui restait toujours extrajudiciaire.

Mais si l'accusé, avec ou sans *vindex*, conteste la légitimité de la *manus iniectio* ?... N'avait-il pas le droit de contester cette procédure si grave dans ses conséquences ? Il est incontestable que, dans ce cas, le préteur devait intervenir pour étudier la légitimité de la demande du créancier. Le litige était alors discuté devant le magistrat et vidé par une sentence. Si, au contraire, le défendeur ne contestait pas la légitimité de la *manus iniectio*, alors la procédure restait extrajudiciaire et tout se faisait d'après les formes ci-dessus exposées. Mais les anciens jurisconsultes, en comptant la *manus iniectio* au nombre des procédures légales, avaient certainement en vue le cas où le défendeur en contestait la légitimité. Gaius, dans son exposé, vient à l'appui de notre opinion. Le *vindicem dare qui pro se causam agere solebat*, cité par lui, paraît, en effet, une chose normale, une situation qui est immédiatement précédée par la *manus iniectio;* tandis que le *domum duci et vinciri* n'est cité qu'accessoirement et pour la *manus iniectio pura*, qui n'est même pas mentionnée (1). Cette distinction de la *manus iniectio* comme procédure légale et extrajudiciaire est encore corroborée par le texte même. *Manus iniectio, manus injicere* désignent assez souvent l'acte d'une défense individuelle, dans le cas où la *manus iniectio* ne peut être entendue comme une *legis actio* dans le sens de procédure légale (2).

(1) Gaius, *Lib.* 4, § 21.

(2) Ihering, *Geist des Römischen Rechts*, 1re partie, 2e édit., p. 154 et 155.

D'où il suit, comme le dit très-bien M. Ihering, que la *manus iniectio* n'était pas seulement employée pour l'exécution d'une dette d'argent, mais aussi pour d'autres cas et principalement pour les transactions faites *per æs et libram*, c'est-à-dire pour le *nexum*.

§ 6.

L'ABOLITION DU *NEXUM* PAR LA LOI PŒTILIA.

La rigueur de la *legis actio per manus iniectionem* devait forcément faire un grand nombre de mécontents, quand on pense surtout combien la plupart des débiteurs étaient maltraités par leurs patrons. Sous cette sévérité rigoureuse, la plebs se trouvait déjà dans une situation assez triste à l'égard du Patriciat. Cette procédure ne faisait qu'augmenter sa servitude et que pousser à bout sa patience. Cette foule d'opprimés et de mécontents n'attendait qu'un prétexte pour mettre un terme à cette situation désespérée. L'occasion se présenta bientôt.

Un jeune homme, C. Publilius, ne voulant pas laisser déshonorer la mémoire de son père, se livra lui-même au pouvoir de Lucius Papirius son créancier. Celui-ci ayant fait des propositions déshonorantes à son détenu, Publilius les repoussa énergiquement, préférant s'exposer aux menaces de son patron et au châtiment corporel qu'il lui fit appliquer, voyant qu'il ne pouvait satisfaire ses désirs voluptueux.

Ainsi maltraité, Publilius parvint à s'échapper et se présenta au peuple, accusant son patron d'infamie et de cruauté.

« La foule, continue l'historien, devenue nombreuse, émue de compassion pour sa jeunesse, indignée de

l'outrage qu'il avait subi, songeant qu'elle était exposée au même sort, s'élance dans le Forum et de là, se dirige précipitamment vers la Curie. Les consuls, contraints par ce tumulte imprévu, convoquent le sénat ; à mesure que les sénateurs entrent dans la Curie, on se précipite à leurs pieds, en leur montrant le corps tout déchiré du jeune homme. Ce jour-là fut brisé, par l'attentat et la violence d'un seul homme, l'un des liens les plus forts de la foi publique. » *Jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti : cautumque in posterum, ne necterentur* (1).

Cette loi paraît avoir produit une si grande réforme dans la situation de la plebs que Tite-Live ne craint pas de la désigner comme le point d'origine de la liberté pour la plebs romaine. *Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt.*

On s'est demandé si l'historien n'avait pas un peu exagéré l'importance de cette loi. Cette question ne peut être résolue que par une étude approfondie de la situation nouvelle qu'elle a créée. La première satisfaction accordée par le sénat à la plebs fut la mise en liberté de tous les *nexi* et même de tous les adjugés. Livius exprime ce fait par les mots : *Ita nexi soluti*, et Cicéron emploie les termes : *Omnia nexa civium liberata*.

(1) Œuvres de Tite-Live, *Histoire romaine*, avec la traduction française, publiée sous la direction de M. Nisard, Paris, 1838, p 376 ; liv. VIII, 28.

L'harmonie de ces deux auteurs sur ce point rend ainsi le fait incontestable. Il est d'ailleurs encore plus développé par Cicéron Cet auteur compare la sagesse du sénat à celle de Solon, à cause de la mesure que ce dernier a aussi employée pour soulager la condition des débiteurs athéniens. Moser est donc dans le vrai quand il dit que la loi Pœtilia avait pour but direct une remise de dettes, semblable à celle ordonnée par Solon. Il faut remarquer, du reste, qu'une pareille mesure n'est pas complètement isolée dans l'histoire romaine. Ainsi, Denys nous raconte, que, lors de la première retraite de la plebs sur le Janicule, le sénat prononça la remise des dettes. De même, Valérius, dans son discours devant le sénat romain, invoque l'exemple d'un grand nombre de villes et notamment la législation de Solon (1). Trois ans après, Servilius conseille le même sacrifice. C. Virginius, dans les troubles de l'année suivante, vote pour la remise des dettes, en faveur de ceux qui ont pris part à la guerre contre les Volsques et les Aurunces. L. Largius opine pour une remise absolue de toutes les dettes. Ces faits sont assez communs dans l'histoire du peuple romain, chez qui la condition du débiteur était adoucie, tantôt par l'autorisation de payer à termes, tantôt par la déduction des intérêts sur le capital (2).

D'après l'exposé des historiens, la loi Pœtilia paraît aussi avoir contenu une disposition semblable. Pourtant Varron n'admet pas une remise absolue de la dette. Elle était bornée, suivant lui, à ceux des débiteurs pouvant prêter serment sur la situation de leur

(1) Denys d'Halicarnasse, liv. V.

(2) Bachofen, p. 50 et 51. — Giraud, p. 123.

fortune : *Hoc C. Poplilio auctore Visolo* (*Pœtilio*) *dictatore, sublatum ne fieret, et omnis qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, sed soluti* (1).

La restriction de Varron nous paraît très-fondée. Il ne faut pas oublier, en effet, que chez les Romains le respect de la propriété étant très-grand, la bonne foi fut fort considérée et très-estimée. Aulu-Gelle nous l'affirme dans des termes assez clairs : *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in pecuniæ mutuaticiæ usu atque commercio* (2).

Pour s'écarter de cette règle, il fallait donc de graves motifs. Il ne fallait pas encourager à la légère le gaspillage et la mauvaise foi, et il était nécessaire de faire une distinction entre ces débiteurs de mauvaise foi et ceux qui se trouvaient réduits à une triste situation par la cruauté et l'exploitation de leurs créanciers. Ainsi conçue, la loi était aussi juste qu'efficace. Les débiteurs de mauvaise foi continuèrent à subir les conséquences de leur conduite et la remise des dettes ne fut déclarée que pour le débiteur de bonne foi. Elle ne fut accordée qu'à celui qui pouvait rendre compte de la gestion de ses biens. Cette concession, si sage qu'elle fût, n'était pourtant qu'un soulagement momentané et n'aurait pu, par conséquent, contenter tout le monde, si elle n'avait contenu que cette disposition. Mais la loi Pœtilia renfermait encore une autre clause beaucoup plus importante que la précédente, puisque

(1) M. Giraud lit ainsi cette phrase. — Voir aussi Niebuhr, *Histoire romaine*, III, 179, et Zimmern, *Geschicte des römischen* Privatrechts III, 246.

(2) Varron, VII, 105. — Aulu-Gelle, XX, I, édit Nisard, p. 159

Livius désigna cette loi comme le commencement de l'affranchissement de la plebs.

Voici comment cet historien et Cicéron caractérisent cette clause de la loi. Cicéron, dans sa République (II, 34), emploie les termes suivants : *Propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque posteà desitum;* et Livius s'exprime ainsi : *Necti desierunt.* Puis, le grand historien développe sa pensée dans des termes plus précis : *Ita nexi soluti : cautumque in posterum, ne necterentur* (1) ; ce qui veut dire : pour les temps futurs le *nexum* sera toujours aboli. Et effectivement depuis la publication de la loi Pœtilia, le *nexum* n'a jamais été employé.

L'importance de cette clause de la loi Pœtilia ressortait ainsi de la nature même du *nexum* ci-dessus exposée. Depuis la promulgation de cette loi, il était impossible d'attribuer arbitrairement à une dette quelconque la même force qu'à une dette d'argent. Il n'était pas permis surtout d'emprisonner le débiteur pour le montant des intérêts, alors qu'il avait payé le capital de la dette. La vieille exécution, conservée encore pour quelques obligations (dette d'argent), ne fut pas complètement abolie, mais fortement adoucie. Il était défendu d'enchaîner l'*addictus* avec de fortes chaînes. Livius dit : *Ne quis nisi qui noxam meruisset donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur,* ce qui signifie, comme le dit très-bien Savigny : les chaînes et le *nervus* sont défendus ; ils ne seront permis que pour le criminel condamné à mort, qu'on pouvait encore enchaîner, jusqu'à l'exécution (2).

(1) Live, VIII, 28.

(2) Savigny, *Vermischte Schriften*, vol. II, art. *Schuldrecht*, *loc. cit.*, p. 421, 422, 423, 424, 425. — Giraud, *Des nexi*, p. 114.

La loi Pœtilia a ainsi, par cette seule clause, réformé presque toute la condition du débiteur, en défendant d'une manière absolue l'emploi des moyens violents de coercition, tels que les chaînes et le *nervus*. Cependant, cette loi n'a pas complètement interdit l'emprisonnement, comme on pourrait le croire. Elle permettait même de lier le débiteur; elle défendait seulement l'emploi des chaînes. M. Giraud va plus loin encore : il croit que cette loi a aussi aboli le *nexum operarum*, c'est-à-dire la contrainte du débiteur au travail. Cette opinion nous paraît très-risquée; elle n'est d'ailleurs suffisamment prouvée par aucun fait juridique.

La disposition de la loi Pœtilia, en ordonnant l'adoucissement de l'incarcération du débiteur, n'a pas établi un acte d'une faible importance comme on pourrait le supposer au premier abord; car elle exprime, par cette disposition, la pensée que l'insolvabilité n'était pas un délit public et que, par conséquent, la contrainte par des moyens infamants ne devait être appliquée qu'à titre d'introduction à l'exécution capitale d'un détenu. Le *iudicatus*, comme le *nexus*, dispensé de subir ce traitement préliminaire, était également affranchi de la conséquence cruelle qui lui était attachée; ce qui n'entraînait pas toutefois la suppression d'une simple retenue en charte privée (1).

§ 7.

LA LOI PŒTILIA ET LE COMMENCEMENT D'UNE CESSION DE BIENS.

La loi Pœtilia, si l'on accepte la version de Varron, a établi deux classes de débiteurs :

1° Ceux qui peuvent rendre compte de la situation de leurs biens. Pour eux, la loi a introduit une procé-

(1) Giraud, *Des Nexi*, p. 115.

dure complètement nouvelle : *Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esse* (1);

2° Ceux qui n'ont pas pas de fortune et ne peuvent pas rendre compte de la gestion de leurs affaires : *Sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, sed dissoluti.*

Analysons chacune de ces deux conditions du débiteur l'une après l'autre.

Voyons d'abord ceux qui se trouvaient dans la situation de ne pas pouvoir prêter serment sur la gestion de leurs biens.

La loi Pœtilia, ainsi qu'on l'a vu, n'a pas aboli l'incarcération, ni le droit du créancier de lier le débiteur : elle a interdit seulement l'emploi de lourdes chaînes et du *nervus*. Elle avait, en outre, conservé au créancier le droit de se dédommager sur la personne du débiteur en adoucissant seulement la condition du prisonnier et le traitement barbare prescrit par la loi des Douze Tables. Cette situation a été exagérée par quelques jurisconsultes, qui soutiennent que la loi Pœtilia a aboli l'*addictio* et introduit une simple exécution sur les biens du débiteur. Cette opinion doit être rejetée sans hésitation, car elle est en contradiction formelle avec les anciens auteurs. Ainsi Aulu-Gelle (XX, 1) affirme non-seulement l'existence de l'*addictio* mais encore la continuation de l'enchaînement. Gaius et Ulpien expriment la même pensée (2). Lucinius Rufinus, Livius et Cicéron traitent aussi la même question, avec un développement tout particulier (3).

(1) Tite-Live, VIII, 28.

(2) Gaius, liv. III, § 139. — *Lex* 23, *D.* IV, 6.

(3) Lex XXXIV, *D.* LXII, 1; liv. XXIII, 14.—Cicero, *Pro Flacco*, 20.

Sous les empereurs même, la contrainte corporelle était en plein exercice. Quintilien, en faisant une comparaison entre l'esclave et l'*addictus* a beaucoup facilité notre travail, puisqu'il nous donne au juste la situation de l'*addictus*. Celui-ci, assure cet auteur, avait tous ses droits ; il avait même contre son patron, en cas d'offense, l'*actio iniuriarum*. L'*addictus* conserve son prénom, son nom de famille et même son *tribus*. Il peut recouvrer sa liberté, malgré la volonté de son patron et en redevenant libre, il est *ingenuus*. L'*addictus* était ainsi dans une condition toute particulière qui n'avait aucune analogie avec la *potestas*, la *manus* et le *mancipium*. L'*addictus*, il est vrai, était dans une sorte de servitude accompagnée de la contrainte corporelle et de l'obligation de travailler ; mais cette situation ne pouvait nullement l'atteindre dans les trois notions juridiques de la puissance romaine.

TABLE DES MATIÈRES.

ORLÉANS. — IMP. ERNEST COLAS.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE

LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Le Mercredi 14 Juin 1865, à 2 heures,

PAR

Jules MÉLINE

Avocat à la Cour impériale. Secrétaire de la Conférence des Avocats.

En présence de M. l'inspecteur-général **Ch. GIRAUD**.

Président : M. VUATRIN, Professeur

SUFFRAGANTS : MM. PELLAT, DURANTON — Professeurs; GIDE, BEUDANT — Agrégés

---

PARIS

IMPRIMERIE DE MOQUET,

11, Rue des Fossés-Saint-Jacques, 11.

1865

A MON MAITRE AIMÉ

M. AL. PLOCQUE,

Ancien Bâtonnier de l'ordre des Avocats à la Cour impériale de Paris.

DROIT ROMAIN.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

AU POINT DE VUE DE L'HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE.

§ I.

On a souvent invoqué, et on invoque encore en faveur de la contrainte par corps sa haute antiquité. Il est certain que depuis le commencement du monde elle a eu sa place dans toutes les législations connues, et si le progrès des siècles en a considérablement adouci les rigueurs, il semble l'avoir respectée dans son principe. Mais c'est là un point de vue superficiel, et l'histoire elle-même, quand on l'interroge sérieusement, est la plus éclatante et la plus sévère condamnation des législations modernes qui ont conservé ce triste moyen d'exécution.

L'histoire, en effet, nous apprend que les voies d'exécution sur la personne chez les peuples pri-

mitifs reposent sur deux idées raisonnables et logiques dans des temps d'ignorance et de barbarie, mais que notre droit moderne rougirait d'accepter.

La première de ces idées, c'est que la justice doit être obéie à tout prix; elle est une émanation de la divinité, et comme telle rend des décisions souveraines et absolues auxquelles on ne peut se soustraire sans sacrilége. Par suite, le débiteur qui a été condamné par le magistrat à rembourser la somme par lui empruntée et qui ne s'exécute pas, insulte à la loi et à l'autorité; c'est un criminel qui mérite la mort. Voilà l'esprit des lois grecques et romaines, et l'origine de la contrainte dite *judiciaire.*

Aussi est-ce bien à tort que des publicistes se sont donné le plaisir d'opposer aux rigueurs de la législation romaine pour l'exécution les belles maximes des jurisconsultes sur la liberté et son excellence. Pour les Romains, la liberté n'est pas atteinte par ces moyens violents. Il y a un coupable; il faut qu'il soit puni, et c'est au nom de la liberté même qu'on le châtie, comme le voleur et l'assassin.

On peut critiquer la dureté de cette législation, mais on n'en saurait nier la logique; pour être juste, il faut considérer que chez les peuples jeunes le sentiment de la justice est beaucoup plus vif que chez les peuples civilisés, et qu'il est en même temps

plus instinctif que raisonné. Pour nous, il y a des délits civils et des délits criminels, et nous faisons une profonde différence entre les uns et les autres; pour les peuples dont nous parlons, ces nuances n'existent pas. Tout homme qui a violé les lois et méprisé la justice est coupable d'un délit ; celui qui ne paie pas l'argent qu'il doit, et celui qui prend l'argent d'autrui sont également des voleurs que punit la loi.

La science du droit moderne aurait honte d'une pareille confusion, et elle la flétrit avec énergie. Pour elle, en effet, on n'est pas criminel dans le sens du code pénal par cela seul qu'on ne tient pas son engagement, ou qu'on n'exécute pas un ordre de la justice. Si le débiteur a eu une volonté ferme de remplir son engagement, et que cette volonté n'ait échoué que devant un obstacle indépendant d'elle, la justice exige qu'on plaigne un malheureux que la fatalité paralyse dans son bon vouloir, et elle ne permet pas qu'on le condamne. En un mot, là où il n'y a pas d'intention coupable, il ne peut y avoir crime. Il n'y a que des lois barbares qui puissent méconnaître cette base essentielle du droit pénal, et attacher la peine au fait matériel sans tenir compte de l'intention de l'agent.

Aussi de nos jours celui qui sans dol ni fraude se trouve dans l'impossibilité de payer sa dette, alors

même qu'il y est condamné par jugement, ne commet point un délit au point de vue pénal. Dès lors il devenait impossible à nos législations modernes qui appliquent la contrainte par corps même au débiteur malheureux et de bonne foi,de lui donner pour principe et pour base comme le droit ancien, l'expiation. Il a donc fallu inventer une autre justification moins criante en apparence ; on a alors imaginé de considérer la contrainte par corps comme un moyen de coercition pour forcer le débiteur à s'exécuter. Nous dirons plus tard ce qu'il faut penser de cette nouvelle base donnée à une institution ancienne; nous montrerons combien elle est illogique, injuste et inefficace.

Pour le moment nous nous bornons à constater que la contrainte par corps de notre Code n'a aucune analogie avec l'exécution forcée sur la personne de la législation primitive. Cela nous suffit pour tirer deux conséquences : la première, que cette voie d'exécution a une origine que les progrès du droit condamnent; la seconde que nos législateurs modernes ne peuvent revendiquer l'autorité des siècles en faveur d'une institution nouvelle qui est leur œuvre, et qu'eût répudiée certainement la logique du droit primitif.

§ II.

A côté de la contrainte dite *judiciaire,* nous voyons se produire presque partout chez les peuples encore peu civilisés, une contrainte que l'on a appelée *conventionnelle*, parce qu'elle résulte de la volonté des parties et s'attache à l'exécution des contrats.

Ce genre de contrainte repose sur cette autre idée que le corps humain est une valeur, une marchandise qui est dans le commerce ; d'où l'on conclut que cette valeur peut, comme toute autre, être donnée en gage par le débiteur pour la garantie de sa dette. Ce droit exorbitant ponr l'homme de disposer de lui-même est la négation formelle de la liberté et de la dignité humaines ; il est au fond un corollaire de l'esclavage et ne se rencontre guères que chez les peuples qui le pratiquent.

Certaines législations cependant, tout en admettant l'esclavage, ont professé par une heureuse inconséquence un respect fervent pour les droits de l'individu et la liberté du citoyen. Elles ont proclamé hautement que l'homme libre ne pouvait ni se vendre ni se donner en gage pour le paiement d'une dette d'argent. Cette générosité n'était pas de leur part scrupule philosophique, ni respect de

l'âme humaine; mais elles considéraient que le corps du citoyen appartenait avant tout à la patrie, à la cité, et cela suffisait. Aussi quand elles avaient sauvegardé la liberté du citoyen, avaient-elles peu de souci de celle de l'homme.

Tel était le sens et l'esprit de la législation romaine, comme nous le démontrerons plus tard. Elle ne permettait pas au débiteur de donner son corps en gage à son créancier, ce qui eût anéanti sa personalité civile et politique. Mais elle admettait que le travail du débiteur pouvait former l'objet d'un gage, et que les fruits de ce travail appartenaient au créancier. L'idée en soi était juste ; mais on l'appliqua de façon à faire en réalité du débiteur un esclave. Pour s'emparer sûrement des produits du travail du débiteur, on autorisa le créancier à s'emparer de sa personne, on toléra qu'un patricien avide le torturât dans sa prison pour le contraindre au travail et lui faire rendre davantage. On voit donc qu'en fait chez les Romains la situation du débiteur n'était pas plus heureuse qu'ailleurs, quoiqu'il n'y eût point un gage véritable ; s'il y avait différence dans les mots et les principes, il n'y en avait guère dans le fond des choses.

L'idée de gage ne peut pas plus que celle d'expiation régner dans nos législations modernes. Car elle est la destruction des principes qui sont

le fondement de toutes ces législations et de toutes les constitutions. Leur premier article proclame l'inviolabilité et l'inaliénabilité de la personne humaine, et ce serait l'effacer que de permettre à l'homme de vendre ou d'engager son corps. La contrainte par corps ne pouvait donc être considérée de nos jours comme un gage sur la personne.

Elle ne pouvait davantage être considérée comme un séquestre des fruits du travail du débiteur. On ne pouvait admettre, sous prétexte de mainmise sur ces fruits la confiscation de la personne même du débiteur. D'un autre côté, nous avons une procédure morale et humaine qui nous permet de nous emparer sans violence des produits du travail du débiteur : c'est la saisie-arrêt ou opposition. C'est une arme suffisante aux mains du créancier, et il ne saurait exiger davantage.

Sous ce second rapport, comme sous le premier, le droit moderne ne saurait revendiquer la tradition du droit ancien. L'engagement de la personne du droit originaire et la contrainte par corps du droit nouveau sont deux choses distinctes et sans aucun rapport entre elles. Nous verrons plus tard si nos codes sont plus logiques sur ce point que les coutumes primitives.

Examinons maintenant la contrainte sur la per-

sonne sous ces deux faces, et prouvons que l'histoire a le sens que nous lui avons donné.

De la contrainte judiciaire.

Chez les Grecs le débiteur qui ne satisfait pas à la condamnation prononcée contre lui, est livré à son créancier qui peut le mettre à mort. Ce droit épouvantable accordé au créancier prouve suffisamment que le législateur ne voyait nullement là un moyen d'exécution, puisque l'emploi de ce moyen détruisait pour le créancier tout espoir de paiement.

La législation romaine nous offre le même spectacle. Quand il était intervenu un ordre du juge, un jugement, le débiteur devait l'exécuter rigoureusesement. S'il ne le faisait, il se mettait en révolte contre la loi et les Dieux. En punition de son crime, le créancier pouvait s'emparer de lui, le vendre au delà du Tibre ou le mettre à mort.

La loi des Douze-Tables adoucit un peu cette horrible situation du débiteur en la régularisant.

Et d'abord, elle lui laissa un répit de trente jours pour exécuter. Mais ce délai expiré, le créancier peut traîner son débiteur devant le magistrat (obtorto collo) et se le faire adjuger *addicere* ; celui-ci devient alors un addictus. Le créancier peut le charger de chaînes et le jeter dans une prison. Ici

encore la loi des Douze Tables intervient pour fixer le poids des chaînes et la quantité de nourriture que le malheureux prisonnier peut réclamer. De plus, le créancier doit conduire le débiteur sur la place publique, à trois jours de marchés successifs ; là un héraut doit annoncer la somme pour laquelle il est *addictus*. Ses parents et amis sont ainsi conviés à s'interposer, à payer sa dette pour l'arracher au sort cruel qui l'attend.

Si ces tentatives sont restées infructueuses, la loi des Douze-Tables abandonne alors le débiteur et, après soixante jours de grâce, elle le livre à toutes les rigueurs du droit primitif. Il est à la discrétion absolue de ses créanciers, qui peuvent le vendre ou le tuer, et même, dit la loi, se distribuer ses membres. C'est en vain que Bynkerskoeck et d'autres auteurs allemands, révoltés de tant de cruauté, ont essayé des interprétations plus humaines de la loi des Douze-Tables. Tous leurs efforts ont échoué contre l'inflexibilité d'un texte clair et précis, entendu par tous les auteurs anciens dans son sens littéral. Que cette législation ait fait reculer ceux-là mêmes qui pouvaient en bénéficier, qu'elle n'ait jamais été appliquée, c'est possible ; mais il est certain que le droit a existé, et qu'il a pesé comme une menace effroyable sur la plèbe des débiteurs romains.

L'addictus était un criminel que la loi punissait avec une rigueur effrayante ; mais chose étrange, il ne cessait pas d'être un citoyen. Quintilien (Inst., orat. liv. V, t. I, ch. 3) dit formellement : « Pro- « pria liberi quæ nemo habet, nisi liber prænomen, « nomen, cognomen, tribum, habet hæc addictus, » *et ailleurs*, « servus cum manumittitur fit li- « bertinus, addictus rupta libertate est inge- « nuus. »

Il ne subit même aucune atteinte dans ses droits civils, et n'éprouve aucune diminution de tête. Car la loi des Douze-Tables nous dit qu'il peut vivre de son bien pendant sa captivité (*si volet suo vivito*) et Ulpien nous apprend qu'il peut continuer et accomplir une prescription (Dig. l. 23, IV, 6).

Cependant quelques auteurs, entre autres M. Troplong, soutiennent que dans le droit primitif l'*addictus*, était déchu de sa personnalité juridique et civile, et devenait une sorte d'esclave ; ce ne fut que plus tard et avec le progrès des mœurs, disent ces auteurs, que l'*addictus* cessa d'être un paria et reconquit peu à peu ses droits de citoyen. Mais ce n'est guère là qu'une hypothèse qui manque de textes formels pour passer à l'état de doctrine solide.

Des auteurs pensent que les enfants de l'*addictus* suivaient son sort ; mais il nous est difficile de l'ad-

mettre. D'un côté, l'*addictio* étant une peine, devait rester personnelle au débiteur. D'autre part, nous avons vu que la loi respectait les droits politiques et civils du débiteur, et elle eût été étrangement inconséquente en le dépouillant de ses droits de famille.

Du reste, aucun texte ne nous révèle cette hardie confiscation de droits. On invoque, il est vrai, en faveur de l'opinion que nous combattons deux passages de Tite-Live : l'un qui se trouve au livre II, § 24, rappelle une loi de circonstance, rendue en faveur des débiteurs dans un moment où les Volsques étaient aux portes de Rome, et où le peuple refusait de s'enrôler pour le compte de créanciers impitoyables. Un édit intervint alors qui défendait de vendre les biens du militaire en campagne, ou d'emprisonner ses enfants. « Ne quis militis, donec « in castris esset, bona possideret aut venderet, *li-* « *beros, nepotesve* ejus moraretur... » Un autre texte du même historien (liv. VIII, § 28), relatif au *nexus*, semble fournir contre nous un puissant argument d'analogie. A propos de l'attentat commis par Papirius sur le jeune Publilius, et qui amena la loi Pætilia, Tite-Live nous apprend que le jeune Publilius était tombé dans le *nexum ob æs alienum paternum*.

Mais M. Giraud, un des partisans de la thèse que

nous repoussons, fait observer loyalement que Publilius pouvait être obligé aux dettes de son père comme héritier nécessaire, et cette simple observation ôte à ces deux textes ce qu'ils pourraient avoir de décisif.

Ajoutons encore que le fils pouvait, pour soustraire son père aux vengeances de la loi, s'engager à sa place et devenir ainsi, soit un *addictus*, soit un *nexus*. Les textes manquent donc pour prononcer cette hardie absorption des enfants par le père, et il serait plus que téméraire de l'affirmer.

Mais si l'*addictus* restait citoyen tant que le créancier le conservait entre ses mains, il perdait tous ses droits du jour où celui-ci jugeait à propos de le vendre au-delà du Tibre, comme la loi l'y autorisait ; il devenait alors un esclave dépourvu de toute personnalité civile ou politique. Au fond, il y avait là vente d'un homme libre, bien que la loi réprouvât, en principe, une pareille vente. Cicéron, arrêté par cette difficulté dans des cas analogues, la tranche en disant que le citoyen qui se met dans la situation de perdre ainsi sa liberté, est censé y avoir renoncé. Parlant de celui qui perd ses droits de citoyen pour avoir négligé de se faire inscrire sur les registres des cens, il s'exprime ainsi : « Eum qui, « quum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi li- « bertatem abjudicasse (*Pro Cæcinia*, ch. 34).

Une pareille législation devait dédaigner de s'occuper de l'exécution sur les biens. Il y avait un coupable à punir, un crime à réprimer ; quel rapport cela pouvait-il avoir avec les biens du débiteur?

Maintenant est-ce à dire qu'une exécution sur les biens était impossible? Je ne le crois pas. On dit souvent que les Romains considéraient la propriété comme une chose sacrée, et qu'ils la respectaient au point de n'oser, sous aucun prétexte, en dépouiller un citoyen sans son consentement. Singulier scrupule, en vérité, de la part d'un peuple qui respecte si peu la personne et la liberté humaines ; il tue le débiteur et n'oserait toucher à ses biens. Cette pudeur et cette timidité ne sont point dans la nature des peuples primitifs, et je pense qu'on peut plutôt leur reprocher un mépris souverain qu'un respect superstitieux de la propriété.

S'il est fort peu question de l'exécution sur les biens dans les textes, il n'y a pas lieu de s'en étonner. Il est probable que le débiteur qui se trouvait menacé de mort s'il ne remboursait pas son créancier, n'hésitait guère à vendre tout ce qu'il possédait pour le satisfaire, et qu'il n'était pas tenté de garder par un entêtement de propriétaire sa propriété au prix de sa tête ; l'exécution sur les biens dut donc être très-rare.

Néanmoins elle dut avoir lieu quelquefois : il

arriva, sans aucun doute, qu'un débiteur, effrayé du sort qui l'attendait, et sachant que son passif excédait de beaucoup son actif, prît la fuite pour se dérober à son créancier. Dans ce cas, celui-ci se fit envoyer en possession de ses biens par le préteur; le droit est certain pour ce cas particulier, celui de l'absence du débiteur. Qui eût empêché le préteur d'étendre cet envoi en possession à d'autres cas? Un passage de Tite-Live, cité plus haut, confirme cette opinion : nous avons parlé de cet édit qui défendait au créancier de vendre les biens du militaire en campagne, « Ne quis militis bona possideret aut « venderet. » La vente des biens était donc possible et permise; elle était tout à fait dans les pouvoirs du préteur qui avait par la loi de son institution le droit de faire respecter ses décisions par tous les moyens en son pouvoir. Ainsi pour le paiement des amendes (*mulcta*) qu'il infligeait, il pouvait faire saisir les biens du débiteur comme gage et les faire mettre en vente.

L'*addictio* a survécu, chez les Romains, à toutes les révolutions du régime des dettes. La loi Pætilia, qui abrogea le *nexum*, et dont nous parlerons plus bas, ne toucha pas au principe de l'*addictio*. Aussi voyons-nous ce régime se perpétuer, et laisser des traces dans la législation à toutes les époques.

Après la bataille de Cannes, il y avait dans les

prisons privées un si grand nombre de détenus, que le dictateur rend un édit qui les met en liberté pour les enrôler. « Edixit : qui capitalem fraudem « ausi, quique pecuniæ judicati in vinculis essent, « qui eorum apud se milites fierent, eos noxa pe- « cuniaque sese exsolvi jussurum. » (Tite-Live, XXIII, 14.)

Cicéron, dans son discours *pro Flacco*, rend le même témoignage pour son époque : « Quum ju- « dicatum non faceret, addictus Hermippo, et ab « hoc ductus est. » Plus tard, Sénèque nous présente comme un exemple de bienfaisance la libération d'un *addictus* : « Hic pecuniam pro addicto dependit..... (*De beneficiis*, III, 8.)

Sous les empereurs, un grand nombre de textes attestent la permanence de l'*addictio*. Citons un rescrit d'Alexandre Sévère (Const., I. Cod., VII, 71), qui dit que la cession de biens a lieu *ne judicati detrahantur in carcerem*. Un texte de Paul (Sent., V, 26. S., I et II), et un autre d'Ulpien (L. 23, Dig., *ex quibus causis*), contiennent une reconnaissance formelle de ce fait.

Justinien lui-même affirme l'existence de l'*addictio* par la défense même qu'il fait au créancier de torturer le débiteur : « Omni corporali cruciatu « remoto. » (L. 8, Cod., *qui bonis ced. pos.*). Et dans la Novelle 35, parlant des avantages de la

cession de biens, il rappelle qu'elle a spécialement pour but de protéger le corps du débiteur : « Quasi « dum corporis supplicium ei remittitur. » Les Constitutions de Constantin (Code, Const., II, liv. 10, 19) et de Justinien (Code théodosien. Const., III, liv. 11, 7) contre l'emprisonnement, ne s'appliquent qu'aux débiteurs du fisc. On trouve aussi au Code (liv. IV, chap. 10, const. 12), une constitution de Dioclétien, ainsi conçue : « Ob æs « alienum servire liberos creditoribus jura com- « pelli non patiuntur. » Si l'on traduisait *liberos* par hommes libres, il faudrait comprendre que Dioclétien a proscrit l'esclavage de la dette par l'*addictio*. Mais tel ne peut être le sens de cette constitution ; le mot *jura*, qui s'y trouve, et qui rappelle le droit ancien, condamne une pareille interprétation. Il faut donc entendre par *liberos* les enfants du débiteur, et voir dans cette loi une nouvelle proclamation de la défense faite par l'ancien droit à tout citoyen obéré de vendre ses enfants pour payer ses dettes.

Mais si l'*addictio* se conserva comme moyen d'exécution jusqu'aux derniers jours de l'empire romain, elle alla toujours s'adoucissant dans la pratique. Le droit de mettre le débiteur à mort ou de le vendre comme esclave *trans Tiberim* fut entièrement oublié, et se trouva abrogé par désuétude.

Le créancier se borna à retenir le débiteur prisonnier, et à le faire travailler dans la prison privée.

Sur la fin de l'empire, la prison privée parut incompatible avec l'idée qu'on se faisait du droit et de la souveraineté de la justice. Les empereurs substituèrent alors à la prison privée la prison publique. C'est ce qui résulte des Sentences de Paul, (liv. V, 26, s. 1 et 2 de la const. 1, *qui bonis ced.* et de la loi 224, Dig. *De verb. signif.*). Plus tard, une constitution de Zénon (l. 2, C. *De priv. carcer. inh.*) déclara coupable de lèse-majesté quiconque oserait retenir son débiteur en charte privée. Justinien renouvela cette défense dans la loi 23 Cod. *De episc. audient.*

Une constitution de Constantin (Cod., l. 2, *De exact. tribut.*) semble même substituer à la prison publique une simple garde militaire. Mais cette constitution ne concerne que les débiteurs du fisc ; elle n'a aucun caractère général.

Du reste, l'*addictio* ne fut pas seulement adoucie dans ses rigueurs ; elle fut aussi considérablement restreinte dans son application.

L'exécution sur les biens prit sa place dans la plupart des cas ; quand les fortunes privées eurent pris un certain développement, le crédit eut sa base dans le patrimoine du débiteur, et non plus dans son

corps. On commença par la *bonorum proscriptio*, qui n'est que la *bonorum sectio*, créée par le droit civil, et usitée dès les premiers temps vis-à-vis de ceux qui étaient débiteurs de l'Etat comme *damnati* ou *proscripti*. Le préteur, qui institua de son autorité ce moyen d'exécution, eut soin d'en calquer la procédure sur celle de l'*addictio*, afin de s'écarter le moins possible de ce vieux droit, qu'on entourait d'un respect superstitieux.

La *bonorum proscriptio* entraînait avec l'infamie une sorte de mort civile du débiteur. Aussi plus tard fut-elle remplacée d'abord par la *bonorum distractio*, applicable seulement aux *claræ personæ*, et enfin par la *bonorum venditio*, applicable à toute personne.

Mais le principal échec porté à l'*addictio* fut le bénéfice de cession de biens. Introduit en principe par Sylla, il fut confirmé et régularisé par César dans la loi Julia. Au moyen de la cession de tout ce qu'il possédait, le débiteur évitait la prison et les rigueurs de l'*addictio*.

Cette faveur n'était accordée qu'à un débiteur malheureux et de bonne foi; mais elle lui était accordée dans tous les cas, sans distinction entre l'origine et la nature des dettes.

Dès lors et à partir du jour où cette modification équitable fut introduite, la législation fut conforme

à la justice. Il n'y eut plus que les débiteurs de mauvaise foi, c'est-à-dire de vrais coupables, qui furent condamnés à la prison.

Une telle loi était sage et logique ; elle réprimait la fraude dans les transactions civiles comme un délit, et elle avait raison. Nous dirons plus tard combien il serait à désirer qu'après dix-huit siècles on en revînt à ces errements de la jurisprudence romaine.

De la contrainte conventionnelle.

Une autre idée que celle de l'expiation a inspiré les législations anciennes en notre matière. Dans l'enfance des peuples, on considère le corps de l'homme comme une valeur, comme une marchandise qui est dans le commerce. De là cette conséquence que cette valeur peut être comme toute autre donnée en gage par le débiteur à son créancier ; de là l'origine de la contrainte par corps conventionnelle.

C'est ainsi que chez les Juifs le débiteur pouvait se mettre en servitude pour payer à son créancier ce qu'il devait, et que chez les Grecs le citoyen qui[1] ne payait pas ses dettes pouvait être vendu comme un meuble, s'il y avait consenti.

Il en fut de même en Egypte à l'origine ; mais ce pays donna des premiers l'exemple du progrès en

ce point. Une loi de Bocchoris défendit aux créanciers de considérer le corps de leur débiteur comme un gage ordinaire, et les força à se contenter de ses biens.

Les Romains, malgré les rigueurs de leur législation en cette matière, ne professèrent jamais cette théorie destructive de la liberté et de la dignité humaines. A Rome, il n'était pas permis au citoyen de promettre son corps à la servitude en cas de non-paiement de la dette ; car ce corps appartenait, avant tout, à la patrie et à la cité. Qu'était-ce en effet que le *nexus*, et dans quelle mesure engageait-il son corps à la garantie de la dette?

Selon MM. Niehbühr et Zimmern, le *nexum*, qui était la forme solennelle de droit civil dans laquelle contractait le *nexus*, contenait forcément une vente ou *mancipium* de la personne même du débiteur ; en sorte que cette personne tout entière, avec les biens qui lui appartenaient, avec toute sa famille et tous ses droits, passait comme une chose mancipée dans le domaine du créancier. L'argent prêté était le prix de la vente. Ce contrat donnait au créancier le droit de s'emparer de la personne du débiteur en cas de non-paiement, et d'en tirer tout ce qu'il pouvait, afin d'arriver à éteindre la dette.

Nous ne saurions partager cette opinion. Et d'abord nous pensons avec M. Giraud, qui nous paraît

avoir mis ce point hors de doute dans son remarquable Mémoire présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, qu'elle méconnaît complétement la nature du *nexum*. On sait, en effet, que le *nexum* est une des plus anciennes formes de contrat du pur droit civil : il comprenait tout engagement qui, dans le droit primitif, alors que la monnaie se pesait et ne se comptait pas, supposait la nécessité de la balance pour peser la monnaie (*æs*). Il renfermait donc forcément trois genres de contrat, dont la monnaie fait le fond : le prêt, la vente et le paiement. Aussi les anciens auteurs nous apprennent-ils que le *nexum* se divisait en *nexi obligatio*, *nexi datio* et *nexi liberatio*. C'étaient trois espèces dont le *nexum* était le genre. Mais ces trois espèces étaient distinctes, et si elles avaient des caractères communs, tels que la présence de la balance, du *libripens*, des cinq témoins citoyens romains et le pesage de l'*æs*, elles avaient une cause et un principe différents. Aussi les paroles qui s'ajoutaient au pesage de la monnaie, et qui lui donnaient son sens véritable, variaient-elles profondément d'un contrat à l'autre. Ces paroles étaient consacrées par l'usage et la loi, et il est à regretter que ces formules sacramentelles ne nous aient point été conservées. Mais le fait est certain : la *nuncupatio*, qui se joignait à l'acte juridique du *nexum*,

variait pour chaque espèce de ce *nexum*, et par suite il n'y avait pas, à ce point de vue, de rapport entre la *nexi obligatio* et la *nexi datio*. Le *nexus*, qui avait contracté dans la forme de la *nexi obligatio*, ne pouvait donc, dans cette forme, manciper sa personne, ce qui ne pouvait se faire que par la *nexi datio*. Or, aucun texte ne nous apprend que le *nexus* cumulât, pour son engagement, deux contrats séparés : la *nexi datio* et la *nexi obligatio*.

Mais cette impossibilité pour le débiteur de manciper la personne devient plus certaine encore à une époque postérieure. Nous lisons, en effet, dans Varron (*de ling. latin.* VII. 101). « Nexum Manilius scribit omne quod per æs et libram geritur, « in quo sint mancipia. Mutius quæ per æs et li« bram fiunt ut obligentur præterquam mancipio« detur; hoc verius esse ipsum verbum ostendit de « quo quærit; nam idem quod obligatur per libram « neque suum fit, inde nexum dictum. » Il paraît bien résulter de ce texte que le *nexum* forme générale de tous les contrats qui supposaient à l'origine la nécessité d'un pesage se décomposa; un fragment s'en détacha et ce fut le contrat de vente. Ce contrat, revêtu d'une formule spéciale prit un nom particulier, *mancipium*. Le *mancipium* fut donc la forme de la vente et le *nexum* proprement dit resta celle du prêt. Cela étant, il devient évident que le

prêt comme tel, c'est-à-dire, le *nexum* ne pouvait contenir un *mancipium* de la personne du débiteur.

Cette considération répond également à l'opinion de certains jurisconsultes comme M. Sell, qui, sans soutenir que le *nexum* était nécessairement une mancipation de la personne, avancent qu'il était une mancipation des *operæ* ou du travail du débiteur. Le *nexum* ne pouvait contenir de mancipation d'aucune sorte pas plus des *operæ* que de la personne ; car il était un contrat particulier et la vente ou mancipation en était un autre.

Du reste, si l'opinion qui avance que le *nexum* supposait forcément la mancipation de la personne était vraie, on trouverait cette mancipation jointe à tous les prêts, or, il est bien certain qu'il y avait des *mutuum* faits dans la forme du *nexum* qui n'entraînaient aucun engagement de la personne du débiteur.

Ajoutons enfin que tous les textes repoussent cet asservissement de la personne du débiteur au créancier. Le *mancipium* sur des personnes libres n'est admis que dans les cas de mancipation de l'enfant par le père ou de la femme par le mari ; nulle part on ne trouve mentionné le *mancipium* du créancier sur le débiteur.

Jamais et à aucune époque on n'admit le droit pour l'homme libre de se vendre. Une constitution

de Dioclétien (l. 10 de *liber. causa* 7. 16) dit nettement : « liberos privatis pactis vel actu quocum-« que administrationis non posse mutata condi-« tione servos fieri, certi juris est.

La loi 37 au Digeste (40. 12) est plus positive encore, s'il est possible : « Conventio privata neque « servum quemdam neque libertum alicujus facere « potest. »

C'est en vain que M. Troplong essaie de prouver que de tout temps, et surtout dans les plus beaux jours de la république, l'homme libre avait le droit de se vendre et qu'une pareille vente était valable. Certes, il faudrait que M. Troplong, pour soutenir avec vraisemblance une pareille thèse, eût à la main des textes bien formels ; et encore je ne sais s'ils auraient la puissance d'en renverser tant d'autres si précis et si formels.

Mais M. Troplong n'a pas de texte ; il n'a qu'un mot qu'il trouve dans la loi 5 au Code, *De liberali causa*. Cette loi suppose un individu qui a acheté du fisc une femme libre ; elle réclame son état, et l'empereur décide qu'elle y est fondée. Aujourd'hui (*hodie*), dit cette loi, on ne saurait opposer à celui qui s'est vendu son âge de vingt ans. On remarquera, dit M. Troplong, ce mot important aujourd'hui, *hodie*, Donc autrefois il n'en était pas de même ; donc, avant les lois nouvelles, la vente

consentie à vingt ans élevait une fin de non-recevoir contre la réclamation de liberté.

Il peut paraître hardi de tirer ainsi d'un simple adverbe des conclusions qui sont le renversement de textes nombreux et positifs. Mais ce qui nous semblait hardi, nous a paru plus que téméraire, quand, ayant ouvert le Code pour vérifier cette loi décisive, nous avons vu que les versions les plus accréditées donnaient, au lieu de *nec hodie*, *nec hoc*. —Cela suffit pour que ce texte soit sans valeur dans la question.

Maintenant il y a une preuve positive de l'impossibilité où était l'homme libre, en se vendant, de devenir esclave : c'est l'autorité que les constitutions impériales accordèrent à la vente de soi-même faite *cum participandi pretii gratia*.

Voici ce qui donna lieu à ces constitutions : des hommes peu scrupuleux, abusant de la faveur de la loi, qui annulait la vente de l'homme libre, avaient imaginé un certain genre de spéculation qui avait eu beaucoup de succès. Ils feignaient d'être l'esclave d'un tiers qui se faisait leur complice ; celui-ci les vendait comme tels moyennant un certain prix. Puis une fois la vente accomplie et le prix payé, le prétendu esclave réclamait sa liberté, pour la revendication de laquelle il avait des preuves faites d'avance. Il l'obtenait sans peine, allait retrouver

son complice, qui s'était habilement esquivé, et il partageait avec lui le fruit de leur fraude commune.

Une pareille escroquerie méritait une répression sévère. C'est pourquoi les empereurs décidèrent que celui qui se vendrait ainsi pour partager le prix de la vente resterait esclave en peine de sa faute (l. 7, s. 2; l. 33, D. *De liberali causa*).

L'empereur Léon (novelle 59), considérant que la liberté de l'homme est inaliénable, abrogea cette punition sévère de la mauvaise foi; et considérant qu'il y avait là un délit, il condamna celui qui le commettrait aux verges, la liberté restant saine et sauve.

Il faut donc reconnaître qu'à aucune époque la législation romaine n'a permis à l'homme libre d'aliéner sa liberté, et, comme conséquence de ce grand principe, que le *nexus* ne perdait pas sa liberté. Il était *in servitute*, c'est-à-dire dans un état de dépendance analogue en fait à celui de l'esclave, mais profondément différent en droit; cela résulte de textes nombreux (frag. Vatic. § 307; D. IV, 6, fr. 11; XL. 7. f. 4, § 4; XLVIII. 5. f. 27, § 8.)

Voici comment les choses se passaient; le débiteur contractait dans la forme du *nexum*. La *nuncupatio* qui exprimait le sens et la portée du prêt, contenait une clause spéciale, un *pactum adjectum*,

par laquelle le débiteur engageait ses services au créancier pour le cas où il ne paierait pas à l'échéance. Il promettait donc son travail seulement, dont les fruits devaient venir en compensation de sa dette; mais il n'assujettissait nullement sa personne. Le texte de la loi des Douze Tables prouve que les parties pouvaient ajouter au *nexum* toutes les conventions qu'elles voulaient : « Cum nexum « faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita « jus esto. Nous ne connaissons pas la formule par laquelle le débiteur engageait ses services; mais il est permis de supposer qu'après avoir promis de restituer la somme prêtée, il disait : « Et ni solvam, « caput meum tibi obnoxium esto.

Le *nexus* n'était donc obligé qu'à fournir ses services personnels au créancier; il ne devenait pas pour cela *alieni juris*. Par suite, il conservait ses droits politiques; il restait citoyen et pouvait voter. Le créancier pouvait seulement paralyser l'exercice de ses droits par le *jus retinendi*. Le discours de Manlius dans Tite-Live (IV, 15) est formel sur ce point : « Offendit te vosque P. C., circumfusa turba lateri » meo? Quin eam diducitis a me singuli vestris « beneficiis, intercedendo eximendo de nervo « cives vestros. »

De même, les droits de famille et même la fortune du débiteur sont respectés. Le créancier n'a

qu'un droit sur les *operæ* du débiteur insolvable, droit semblable à celui qu'il a sur les fruits de la chose donnée en gage.

Le *nexum*, avec son caractère d'engagement de la personne, succomba vers l'an 429 ou 462 sous la réprobation générale. Depuis longtemps la fierté romaine se révoltait contre ce moyen d'exécution qui, pour une misérable somme d'argent, mettait le débiteur à la discrétion du créancier. Un fait odieux fit éclater l'indignation qui était au fond de toutes les âmes, et amena l'abolition de cette loi barbare. Un créancier nommé Papirius avait comme *nexus* un jeune homme du nom de Publilius, qui s'était réduit lui-même à cette triste extrémité pour se procurer de quoi rendre les derniers honneurs à son père. Publilius était beau : il eut le triste avantage d'éveiller dans l'âme de son maître d'infâmes convoitises. Révolté de l'indignité de son tyran, Publilius brise ses fers, se précipite frémissant sur la place publique, et raconte au peuple à quel point en est venue l'audace insolente des créanciers patriciens. La colère du peuple fut si grande que, sur le champ, les consuls Pœtelius, Visolus et Papirius firent adopter une loi qui rendait la liberté à tous les *nexi* et défendait le *nexum* pour l'avenir (Tite-Live, VIII, 28).

Du reste, la liberté ne fut accordée aux *nexi* que

sous la condition de jurer qu'ils étaient insolvables, « ut omnes qui bonam copiam ejurarunt, ne essent « nexi sed soluti. » Le *nexum* fut ainsi défendu même pour l'avenir, *cautumque*, nous dit Tite-Live, *in posterum ne necterentur*. Le débiteur ne put plus désormais engager que ses biens et non sa personne à la garantie de sa dette : « Pecuniæ creditæ bona « debitoris, non corpus obnoxium esset. »

Considérations sur le droit du moyen-âge.

Nous venons de voir en détail l'exécution sur la personne telle qu'elle a existé dans la législation romaine à toutes les époques. L'histoire de la contrainte sur la personne est la même chez tous les peuples sans civilisation, parce que la nature humaine est à peu près la même partout, et que partout elle produit les mêmes effets généraux. Aussi ne faut-il pas s'étonner si au moment où les barbares prennent racine sur le vieux sol gaulois, on voit refleurir sous d'autres noms toutes les rigueurs du droit quiritaire en cette matière. Les décisions de la justice sont de nouveau sanctionnées par la peine de mort, prononcée contre le débiteur qui n'exécute pas la condamnation prononcée contre lui ; c'est la contrainte par corps *judiciaire*. L'engagement volontaire de la personne, pour la sûreté

de la dette, confisque la liberté individuelle sous le nom d'*obnoxiatio* ; c'est la contrainte conventionnelle. Il est à remarquer que, sous ce dernier rapport, les législations barbares se montrèrent infiniment moins soucieuses des droits et de la dignité de l'homme que la législation romaine. Et cela devait être ainsi : chez les Romains, la cité passait avant tout et absorbait les individus dans son imposante unité. Ceux-ci ne s'appartenaient pas; ils étaient la propriété de la patrie ; la loi ne leur permettait donc pas d'aliéner leur personne, ne voyant dans un pareil acte qu'un vol public.

Dans les tribus barbares régnaient des principes tout différents : l'individu était tout, et le pouvoir social n'avait sur lui que les droits qu'il voulait bien lui laisser. Il s'attachait de sa libre volonté au chef qui lui inspirait respect ou confiance ; mais il pouvait le quitter à son gré, et briser ainsi tous les liens qui l'unissaient à lui. Le principe dominant d'un tel état social était donc la libre disposition de l'individu par lui-même : de là était sorti un individualisme à outrance qui allait jusqu'à permettre à l'homme de se vendre et de se mettre en servitude. Aussi l'*obnoxiatio* mettait-elle le débiteur à la discrétion du créancier, comme une simple chose donnée en gage.

Il arriva donc, sous l'empire de ce droit, que la

moitié de la société fut livrée à l'autre et devint sa propriété. Ce droit contre nature vécut dans notre pays pendant des siècles.

Cependant dès les premiers jours une lutte sourde s'engagea contre cette barbarie au nom des vrais principes et du droit. Il faut bien le reconnaître, le catholicisme, qui à cette époque représentait la civilisation, combattit énergiquement un pareil état de choses. Il éleva la voix en faveur de cette créature que Dieu a faite libre, afin qu'elle pût conquérir par ses mérites sa patrie céleste, et il condamna comme un sacrilége l'acte de celui qui le privait des moyens de faire son salut.

Une influence plus puissante que celle du christianisme fut celle du droit romain : étouffé un instant sous les violences de la conquête, il reparut bientôt, rétablit peu à peu son influence, et, à force de persévérance, finit par s'imposer aux vaincus. De nombreux textes furent mis au jour qui proclamaient les droits imprescriptibles de l'homme et flétrissaient, au nom de la liberté, un abus qui en était la négation même.

Ces principes triomphèrent un instant : saint Louis abolit entièrement la contrainte par corps, tant judiciaire que conventionnelle. Disons-le à l'honneur de ce grand roi, jamais législation aussi humaine ne se vit en notre pays ; mais elle était trop

avancée pour le siècle qui la vit naître, outre qu'elle était peut-être trop absolue. Aussi ne pouvait-elle durer : les exceptions apportées à la règle allèrent s'augmentant tous les jours, et rétablirent indirectement cette voie d'exécution.

Mais il est à remarquer que ce fut vers cette époque que s'introduisit une nouvelle manière d'envisager la contrainte par corps dans son principe : c'est cette corruption du système primitif qui a maintenu jusqu'à ce jour la contrainte par corps dans nos Codes. Saint Louis avait aboli la contrainte par corps; mais il l'avait conservée par une faveur spéciale pour les créances du fisc.

A côté de ce privilége unique, la coutume et la jurisprudence en placèrent bientôt d'autres : on ne raisonna plus en principe, comme le droit romain ou le droit barbare; on ne dit plus que la prison devait fortifier les décisions de justice ; on raisonna en utilité pure, on fit observer qu'il y avait certaines dettes favorables que l'Etat devait sanctionner énergiquement, et on en conclut qu'il fallait accorder au créancier, pour ces dettes privilégiées, des moyens de coercition extraordinaires. C'est ainsi qu'on garantit successivement par la prison les créances des marchands de marée, si utiles dans un temps où les jours maigres prenaient la moitié de l'année, et, plus tard, les

créances des bouchers, des boulangers, enfin celles de tous les fournisseurs alimentaires.

C'est dans le même esprit qu'on attacha le privilége de la contrainte par corps aux contrats passés dans certaines foires, afin d'y attirer un commerce considérable.

A côté de cette contrainte légale s'était replacée bientôt après saint Louis, la contrainte conventionnelle, rétablie par Philippe le Bel. Mais ce droit général d'engager sa personne et sa liberté, ne devait pas tarder à périr, et l'ordonnance de Moulins (1566) l'abolit à jamais en principe. Elle ne fut plus autorisée que dans le cas où la créance fut jugée assez favorable pour mériter une pareille garantie.

Dès lors, la contrainte par corps n'eut plus qu'une seule cause, un seul principe, la faveur de la créance et le privilége. C'est sous cet aspect qu'elle nous apparaît dans l'ordonnance de 1667, dont notre législation n'est que la reproduction.

CONCLUSION.

LÉGITIMITÉ, UTILITÉ DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.

Notre droit moderne n'a donc pas accepté les bases sur lesquelles le droit antique et le droit barbare avaient assis les voies d'exécution sur la per-

sonne ; il est parti d'un autre principe, et il en a fait sortir une autre institution. Ce principe, c'est l'utilité, mais une utilité supérieure qu'on appelle l'intérêt général ou le droit social ; c'est en vertu de ce principe que les partisans de la contrainte par corps en demandent encore aujourd'hui le maintien. Il y a, disent-ils, des dettes qui doivent être payées rigoureusement à leur échéance sous peine d'un désordre immense dans la société. Prenez, par exemple, les dettes commerciales ; tout le monde sait que dans le commerce le défaut d'un paiement entraîne l'impossibilité d'un grand nombre d'autres payements, dont le premier était la condition ; à un moment donné cette cessation de paiement générale peut engendrer une crise terrible. Il est du devoir du législateur de prévenir ce danger à tout prix : « La fin justifie les moyens. » Montesquieu l'a dit : « Dans les conventions qui dérivent du commerce, la loi doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen. » La contrainte par corps est rigoureuse, il est vrai, mais elle est nécessaire ; donc elle est légitime.

Il faut examiner à fond cette idée d'utilité sociale et voir si ce fondement nouveau donné à la contrainte par corps dès avant 1789 est conforme aux principes qui régissent aujourd'hui les gouvernements et les sociétés.

Cette doctrine procède d'une école qui a régné pendant longtemps sur le monde, inspiré les lois et dirigé les hommes d'Etat. Cette école avait écrit sur son drapeau un mot qui disait tout : *Droit social*, et elle en avait déduit les conséquences avec une logique inexorable. Pour elle, l'individu n'est rien, et la société, personnifiée dans l'Etat ou le souverain est tout ; celle-ci n'est plus une simple collection d'individus associés pour un but commun : c'est une entité réelle et divine, distincte des individus, placée en dehors et au-dessus d'eux. La société comme telle a un but, qui peut être contraire aux intérêts de la majorité des individus ; n'importe, elle marchera à son but au prix de tous ces intérêts. Ainsi la société romaine considère que sa fin est d'être grande, glorieuse, et de régner par la guerre,et alors elle marche à la conquête du monde, et force tous les citoyens à la suivre dans cette voie de sang. C'est en vain que l'individu essaierait de protester au nom de ses intérêts et de ses droits ; il n'y a ni intérêt ni droit en face de l'Etat.

Dans un pareil système, il était logique que la loi se confondît avec l'utilité sociale ; quand on avait proclamé qu'une chose était avantageuse à la société, cette chose devenait obligatoire pour tous. Aussi, comme il y a une infinité d'actes qui ne peuvent être indifférents à la société, on en vint à une

réglementation minutieuse de la vie du citoyen. On lui imposa l'obligation de la vertu et de l'austérité par des lois somptuaires ; on le força à produire des enfants pour la patrie par les lois caducaires ; on lui choisit les opinions qui convenaient le mieux à l'avenir de la société; on lui donna même une religion, et, au nom de l'intérêt général, on le força, selon les temps et les lieux, à être païen, catholique ou protestant.

Une autre conséquence du même principe, c'est que la loi devait être obéie à tout prix, parce que l'intérêt de la société l'exigeait ainsi ; de là les sanctions les plus cruelles, les plus barbares. Rien ne pouvait limiter la vengeance de la société, puisque les individus étaient sans droits vis-à-vis d'elle.

Telle est la théorie sociale qu'on invoque encore aujourd'hui en faveur de la contrainte par corps ; elle a régi le monde pendant des siècles ; elle était celle des républiques de l'antiquité ; elle fut celle des royautés du moyen-âge, elle fut celle de la royauté française jusqu'en 1789.

Mais faut-il donc encore répéter qu'à partir de cette grande époque les principes du gouvernement ont été littéralement renversés. Ce qui était en haut a été placé en bas, et réciproquement ; l'individu est monté des bas-fonds au sommet de la société.

L'Assemblée Nationale, dans cette immortelle revendication qui s'appelle la *Déclaration des droits de l'Homme*, fixa pour jamais la vraie nature de l'État, la source et les limites de sa puissance.

Ses deux premiers articles disent tout :

« Les hommes naissent et demeurent *libres* et égaux en droits (art. 1er).

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; ces droits sont la *liberté*, la propriété et la résistance à l'oppression (art. 2). »

Ainsi aujourd'hui plus de droit social antérieur aux individus et s'imposant à eux de droit divin L'individu seul, au contraire, a des droits ; l'Etat, comme on l'a justement fait observer, n'a que des devoirs, et ses devoirs consistent à faire respecter les droits des individus, à empêcher qu'aucune atteinte illicite y soit portée. Il est un mandataire des citoyens, auxquels ceux-ci délèguent l'exercice de certains de leurs droits dans un intérêt commun ; il est donc clair que l'État ne peut avoir plus de droits que les individus.

Après cet exposé, nous pouvons rentrer dans notre question, et lui faire l'application de ces principes ; nous avons le fil conducteur qui nous conduira à une solution sûre.

La liberté est un droit de l'individu, le premier

et le plus sacré de tous ses droits, puisqu'il est le fond essentiel de sa nature, la condition de son développement physique, intellectuel et moral. Le premier devoir de l'État est de la faire respecter ; c'est là, en grande partie, sa raison d'être.

Cette liberté de l'individu, il est vrai, a une limite et, quand il la franchit, elle peut lui être retirée. Cette limite de la liberté individuelle est la liberté d'autrui. Si je heurte méchamment la liberté de mon voisin, qui est pour lui aussi un droit, il peut m'arrêter et même me ravir cette faculté précieuse dont j'abuse contre lui, et dont j'ai démérité. Dans ce cas, l'emprisonnement est commandé par l'intérêt général, qui se confond ici avec celui de l'individu, il est juste. C'est là la base même de la peine et le fondement du droit pénal. C'est le droit de légitime défense, de l'individu atteint dans sa liberté contre celui qui l'attaque, qui est remis pour son exercice à l'État. Celui-ci le régularise et le fortifie de toutes les forces de l'association. Mais qu'on le remarque bien, l'État n'a pas d'autres droits que l'individu ; il y a eu délégation de ces droits et non transformation.

Ainsi donc, quand on vient nous dire, pour soutenir la contrainte par corps, qu'il est de l'intérêt général qu'elle soit appliquée, nous sommes en droit de répondre : « Nous ne connaissons pas cette

utilité générale dont vous arguez ; nous ne savons qu'une chose, c'est que vous voulez supprimer la liberté d'un citoyen. Montrez-nous alors que ce citoyen en a abusé sciemment au préjudice d'autrui, et nous reconnaîtrons que vous avez le devoir de l'en priver ; car il a mérité cette déchéance. Mais si vous ne faites pas cette preuve, il n'y a pas d'intérêt, si général qu'il soit, qui puisse exiger le sacrifice d'un seul individu. Car il n'y a pas de droit contre le droit, et la grandeur de la loi est précisément de défendre le droit d'un seul contre les convoitises de tous. »

Sur ce terrain il est évident que les partisans de la contrainte par corps doivent être battus. Comment, en effet, pourraient-ils fournir la preuve qu'on leur demande? Comment pourraient-ils démontrer qu'un homme abuse de sa liberté en contractant un engagement qu'il a la ferme résolution d'exécuter? Est-ce que cet engagement n'est pas autorisé par la loi ? est-ce que la bonne foi n'y a pas présidé? est-ce qu'il n'est pas, comme tous les engagements possibles, soumis à ces conditions implicites de tout contrat humain, qui s'appellent le hasard, le malheur, la fatalité ? Est-ce que le créancier n'a pas dû se contenter de la garantie que lui offraient la fortune et les biens du débiteur ? S'il veut

encore sa liberté, son but est criminel, et ce n'est certes point à la loi à le ratifier.

Nous savons maintenant ce que vaut cet argument de l'utilité sociale, que beaucoup considèrent comme péremptoire. Il est le renversement de tous les principes sur lesquels reposent les sociétés modernes. Nous avons cru nécessaire de le réfuter à fond, parce qu'il est bon de protester en toute occasion contre ces théories du passé, qui se glissent encore tous les jours dans nos raisonnements, et qu'on retrouve même dans la bouche des législateurs modernes. Il faut les combattre sans relâche, jusqu'à ce que nous les ayons expulsées de toutes les forteresses où elles se retranchent encore ; espérons que la contrainte par corps leur manquera bientôt !

Maintenant, après avoir combattu en principe la thèse de l'utilité sociale érigée en loi, il nous reste à prouver que cette prétendue utilité sociale, qu'on fait résonner si haut, n'existe pas, qu'au contraire la contrainte par corps est désastreuse pour tous ceux au nom de qui on la réclame; et ainsi il sera démontré une fois de plus que le véritable intérêt est toujours du côté de la justice.

En faveur de la contrainte par corps on invoque tout à la fois l'intérêt du créancier, celui du débiteur et celui de la société.

L'intérêt du créancier, disent les partisans de ce

moyen d'exécution, est incontestable. Il est certain que la crainte de l'incarcération amène un grand nombre de débiteurs à s'exécuter, qui, sans cette menace suspendue sur leur tête, cacheraient soigneusement leurs ressources et ne payeraient jamais. Ce n'est pas par son action directe et ses résultats sur les débiteurs incarcérés qu'il faut la juger; car c'est surtout comme moyen préventif qu'elle a une efficacité sérieuse. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la déclaration faite en 1848, par le tribunal de commerce de Paris, qui nous apprend que sur soixante-quinze mille contraintes, prononcées par ce tribunal dans le courant d'une année, il y avait à peine quatre cent-une exécutions.

Voilà l'argument dans toute sa force ; mais voyons-le de près, et réduisons-le à sa valeur. Et d'abord une première observation se présente, c'est que ces gros chiffres ne nous apprennent rien sur les effets incontestables de la contrainte par corps, et que par suite, ils ne sont que le point de départ de la question et nullement une solution. Car on nous accordera bien que les soixante quinze mille jugements, rendus par le tribunal de commerce de Paris, n'étaient pas tous rendus contre des insolvables, et qu'il est vraisemblable qu'un grand nombre aurait été exécuté, alors même que la contrainte par corps n'y aurait pas été attachée. En matière

civile, les jugements n'ont point en général cette sanction puissante, et cependant il est constaté, qu'à part d'assez rares exceptions, il y est satisfait; les voies d'exécution sur les biens suffisent à cette tâche.

En prenant les choses au mieux pour nos adversaires, il est donc permis déjà de retrancher de ce chiffre au moins les trois quarts, correspondant à des débiteurs qui n'ont pas besoin d'un pareil stimulant.

Quant à l'autre quart, il se compose de débiteurs commerçants et de signataires de lettres de change.

Mais est-ce que le débiteur commerçant peut être amené à payer par les rigueurs de la contrainte? Comment cela serait-il, puisque le danger n'existe pas pour lui? La loi lui donne un moyen de se soustraire à la prison, c'est de se mettre en faillite. Dites donc que c'est la crainte de la faillite qui lui fait trouver de l'argent; mais ne parlez pas de la contrainte par corps. Et de fait, si nous interrogeons les commerçants sincères, ils nous diront que pour eux la véritable sanction de l'exécution de leurs engagements est là; elle est dans la nécessité de déposer leur bilan quand il y a eu cessation de paiement. Cela suffit et au delà à garantir l'intérêt des créanciers.

A ceux qui contesteraient la justesse de cette ap-

préciation, je fermerais la bouche en leur lisant la déclaration faite par un homme bien éclairé et peu suspect, le directeur de la prison de Clichy. Interrogé par le Conseil d'Etat sur cette grave question, sa réponse est « qu'il y a peu de vrais commerçants parmi les détenus; ce ne sont que des artistes, hommes de lettres, de petits industriels qui, par la nature de leurs affaires, sont souvent obligés de recourir à des emprunts et se mettent à la discrétion d'hommes d'affaires, d'usuriers, qui usent sans pitié de la contrainte par corps. Le véritable négociant, ajoute-t-il, a en effet un moyen bien sûr d'éviter la contrainte par corps, c'est de se mettre en faillite ou de recourir à la cession de biens. »

Le commerce est donc en réalité désintéressé dans la question, et il ne reste plus sur le chiffre énorme de 75,000 que quelques signataires de lettres de change qui puissent être une proie pour les gardes du commerce. Mettons-en quelques centaines, et ainsi, après tant de soustractions, nous savons ce que vaut ce chiffre de 75,000 débiteurs si pompeusement énoncé par le tribunal de commerce.

A ce mince total ajoutons le petit nombre des débiteurs auxquels la loi civile applique la contrainte par corps, et nous aurons la masse définitive des

contrats privés sur lesquels pèse réellement comme une menace réelle ce moyen d'exécution.

Dans cette masse exiguë il y a d'abord, il faut le reconnaître, une certaine quantité de débiteurs de mauvaise foi, ou qui ne demanderont pas mieux que d'échapper à leurs créanciers en cachant leur opulence. Ceux-là, nous les livrons à la vindicte du créancier ; nous dirons plus tard que nous admettons l'emprisonnement du débiteur quand sa mauvaise foi est prouvée : car alors, à nos yeux, il est coupable d'un délit et mérite d'être puni. Mais il faudra que la mauvaise foi soit établie par le créancier : cela est juste assurément ; mais ce qui ne l'est pas, c'est le système actuel, qui fait de la mauvaise foi une présomption générale *juris et de jure*, et qui englobe dans cette présomption tous les malheureux qui ne payent pas, laissant à Dieu le soin de distinguer les siens.

Les débiteurs de mauvaise foi livrés par nous, la contrainte par corps n'est plus désormais utile que contre quelques débiteurs de bonne foi, qui sont sans ressource aucune, mais qui quelquefois trouvent des parents ou des amis compatissants pour les arracher à la honte et aux rigueurs de l'emprisonnement.

Je n'insiste pas ici sur l'iniquité d'une pareille conséquence, qui atteint des innocents en spéculant

sur les plus nobles sentiments. Nous sommes sur le terrain de l'utilité, restons-y. A ce point de vue nous ferons d'abord remarquer qu'ici il ne peut être question de l'utilité générale de la société, puisqu'il ne s'agit point de créances commerciales, et que le défaut de paiement d'une créance civile ne saurait être représenté même par les partisans les plus fanatiques de la contrainte par corps comme un trouble social. Il n'y a donc plus en jeu que les intérêts particuliers des créanciers ; mais en les additionnant, peut-on nous dire, cela forme un certain intérêt général.

Eh bien ! supputez, messieurs les créanciers, ce qu'il vous reste de contraignables utiles, quelques signataires de lettres de change, quelques débiteurs pour cause civile. Et maintenant calculons le profit que vous pouvez tirer de la contrainte par corps en obtenant le paiement de ces quelques dettes ; mettons cet avantage sans le nier dans un plateau de la balance, et dans l'autre plateau mettons tout de suite les pertes et les dangers qui en sont le prix, nous verrons de quel côté penchera la balance.

Pour arriver par l'intimidation au recouvrement des quelques créances qui restent à l'actif de la contrainte par corps, il faudra exercer par année plus d'un millier de poursuites. Or ces poursuites entraînent pour le créancier qui les exerce des dé-

penses considérables dont il faut faire le calcul, si l'on veut apprécier l'utilité pratique de ce moyen d'exécution. La délibération faite en 1848 par le tribunal de commerce constate que les seuls frais d'arrestation s'élèvent au moins à 140 francs. Le créancier doit avancer en outre les frais d'écrou, et une somme destinée à l'entretien du débiteur. Le montant de cette pension alimentaire a été fixé par la loi de 1865 à 45 fr. par mois pour Paris, et à 40 ou 35 fr. selon l'importance des localités, pour les départements.

Maintenant supposons une dette commerciale de 1500 fr. en principal; aux termes de la loi de 1848, la durée de la détention pour une pareille dette peut être d'un an. Or en évaluant à 20 fr. les frais d'écrou, et en y ajoutant ceux d'arrestation et le montant de la pension alimentaire, il se trouve que le débiteur aura coûté à son créancier 700 fr., c'est-à-dire la moitié de sa créance. Si nous supposons une créance de 200 fr. pouvant donner lieu à un emprisonnement de trois mois, le créancier aura dépensé inutilement, si le débiteur n'a pas payé, une somme de 225 fr. supérieure au principal même de sa créance.

Voilà ce qu'il en coûte pour recourir à ce moyen extrême. Si encore toutes ces dépenses avaient un résultat, et si le débiteur en s'exécutant rembour-

sait au créancier ses avances, celui-ci pourrait au moins soutenir qu'à son point de vue d'égoïsme personnel la rigueur lui a été profitable; mais il n'a pas même cette ressource, car les statistiques démontrent que presque toujours ces frais énormes sont faits en pure perte, que le débiteur ne paye presque jamais, qu'en un mot la contrainte par corps est inefficace.

Il y a bien longtemps que les publicistes ont signalé ce fait si grave à l'attention du législateur; il est devenu évident depuis que l'on s'est attaché à faire sur cette matière une enquête minutieuse et complète.

Déjà en 1834 un article inséré dans le *Constitutionnel* du 27 mars, et qui fit grande sensation, donnait le résumé de la statistique journalière de la maison de dettes de Clichy depuis le 1er janvier 1827 jusqu'au 18 avril 1832. Pendant cette période d'environ 5 ans 2566 individus avaient été écroués. Les mêmes individus avaient recouvré leur liberté pour les causes suivantes : 1294 d'après le consentement des créanciers, 307 *par payement de leurs dettes*, 240 faute de consignation d'aliments, 238 évadés, 76 en vertu de sauf conduits, 63 mis en jugement, 14 par bénéfice de cession, 14 par suite de nullité dans la procédure, 318 transférés dans des maisons de santé et 2 décédés.

Ainsi sur 2566 détenus, 307, c'est-à-dire le huitième seulement, avaient payé intégralement leur dette. Vis à vis des autres, la contrainte par corps était restée sans effet, et les créanciers eux-mêmes avaient si vite reconnu qu'ils avaient affaire à des insolvables que la même statistique constate qu'ils en avaient relâché 1526 dans le premier mois de leur détention.

M. Bayle-Mouillard, dans son excellent livre de l'*Emprisonnement pour dettes* (tableau XXIV), qui a porté le coup mortel à la contrainte par corps, a continué cette étude statistique sur les années 1831, 1832, 1833, et il est arrivé à constater que sur 1193 détentions pratiquées à Paris dans cet intervalle, 149 seulement avaient eu un résultat pleinement heureux pour le créancier; 400, c'est à dire plus du tiers, n'avaient eu aucun résultat; 644, il est vrai, avaient donné au créancier une satisfaction partielle.

Ce résultat, est moins écrasant que celui du *Constitutionnel*; mais il parle encore assez haut, puisqu'il en résulte qu'un tiers des créances pour lesquelles il y a eu arrestation a été perdu pour le créancier, et que plus de la moitié a été sacrifiée en grande partie.

Enfin la statistique la plus récente et la plus exacte, celle qui est jointe au projet de loi soumis en

ce moment au Corps législatif, est plus éloquente encore. Elle est faite pour l'année 1862, et il en résulte que sur 646 détenus pour dettes civiles ou commerciales, 53, c'est-à-dire le douzième seulement, ont payé leur dette. Les autres ont été mis en liberté pour diverses causes, parmi lesquelles figurent surtout le défaut de consignation d'aliments pour 152, et le consentement du créancier pour 303.

Les causes de ce consentement sont faciles à deviner si l'on se reporte à une autre partie du tableau, où l'on voit que les créanciers ont jugé sage de mettre en liberté 199 débiteurs dans la première quinzaine de leur incarcération ; 116 dans le premier mois, et 197 dans les trois mois.

Enfin, nous voyons plus loin, ce qui est plus significatif encore, que 7 débiteurs seulement sont restés en prison jusqu'à la fin de leur temps. Tout le reste, à l'exception des 53, qui s'étaient exécutés, a donc été considéré comme insolvable par les créanciers eux-mêmes.

Après ces enquêtes, ces dépositions consciencieuses, ces évidences mathématiques, on peut dire que la question est jugée. La contrainte par corps dans son application n'atteint pas son but ; elle reste sans effet et, par suite, c'est en pure perte que les créanciers engloutissent des sommes considérables pour la plus grande gloire d'une institution ini-

que. Et leur sacrifice est d'autant plus grand que la moitié des créances pour lesquelles ils sévissent sont inférieures à 2,000 fr. Aussi je suis persuadé que si l'on pouvait mettre en face du total des créances recouvrées par ce moyen, le total des frais sans résultat, on verrait que celui-ci l'emporte de beaucoup sur l'autre. Et voilà comment on établit que la contrainte par corps doit être maintenue dans l'intérêt des créanciers.

Les partisans acharnés de ce moyen d'exécution se tirent de la difficulté en disant : « Mais ces dépenses faites par des créanciers auxquels elles ne profitent pas, profitent au moins à ceux qui, sans exercer de poursuites, obtiennent le paiement de leur débiteur par la crainte de la prison. »

En vérité, il faut avouer que c'est un bien singulier procédé social que celui qui force une partie de la société à entretenir à ses frais une machine de recouvrement dont l'autre partie est seule à profiter; je ne sais trop comment on trouve moyen d'accorder un pareil système avec la justice.

Mais comment le justifier même au point de vue de l'utilité, quand il est manifeste que le profit qu'il procure à quelques-uns est bien moindre que la perte qu'il inflige aux autres. Mettez en effet d'un côté la somme des frais frustratoires faits par les créanciers qui poursuivent, de l'autre celle des

créances recouvrées par les créanciers qui ne poursuivent pas, et je pose en fait qu'encore vous verrez que les frais sont supérieurs aux sommes touchées. Ce résultat, qui ne peut pas être aujourd'hui mathématiquement démontré, le sera le jour où on aura rayé de notre Code ce chapitre des rigueurs inutiles. On verra alors combien sera infime le nombre des créances qui resteront en souffrance par suite de cette suppression, et on comprendra alors que dans les pays où règne la contrainte par corps, ceux qui en pâtissent sont plus nombreux et plus intéressants que ceux qui en profitent.

Les créanciers, s'ils entendaient leurs intérêts, devraient donc être les premiers à demander l'abolition de la contrainte par corps. Mais alors ses partisans, que rien ne rebute, invoqueront l'intérêt du débiteur lui-même : « Vous oubliez, nous diront-ils, que pour beaucoup d'ouvriers et de petits commerçants, c'est le seul moyen d'avoir du crédit ; on prête avec confiance à qui s'engage tout entier. La contrainte par corps résout la lutte du capital et du travail. »

Certes, il faut avouer que, s'il n'y avait pas d'autre moyen de résoudre cette grosse question, la Providence se serait montrée bien dure envers le travailleur. S'il ne peut arriver au crédit qu'en battant monnaie sur son corps, il a bien rai-

son de s'indigner contre cette oppression et cette tyrannie. Mais, grâce à Dieu, la science économique a fait des progrès, et elle a trouvé pour l'ouvrier des moyens de crédit honorables et sûrs, qui ne sont point au prix de sa liberté et de sa dignité. Ce qu'il faut, c'est développer et fortifier les sociétés de crédit, surtout celles de crédit mutuel, si prospères dans d'autres pays, et si fécondes en résultats. M. Batbie, entendu devant le Conseil d'État pour donner des explications sur ce point, si intimement lié à la suppression de la contrainte par corps, exprima le désir que le gouvernement fît une loi sur les sociétés coopératrices qui leur permettrait de se constituer régulièrement. Voilà le vrai progrès, et il ne tardera pas à se réaliser; il assurera le crédit à l'homme, qui n'a que ses bras, sans lui demander d'odieuses garanties.

Du reste, à qui fera-t-on croire aujourd'hui que la contrainte par corps soit un sérieux moyen de crédit? Quel est le commerçant, le banquier, qui aventure ses capitaux sur la seule confiance que lui inspire le voisinage de Clichy? Ah! sans doute, quand le débiteur offre une surface, sinon par lui, du moins par les siens, le créancier a foi; mais sa foi repose sur bien autre chose que le corps du débiteur; celui-ci ne lui sert qu'à atteindre une fortune qu'il connaît bien. Quand l'usurier fait sous-

crire une lettre de change à un fils de famille, il prend, en effet, en considération la contrainte par corps, parce qu'elle lui permettra d'amener la famille du débiteur à composition ; elle paiera pour ce cher prodigue, afin de lui épargner les horreurs de la réclusion. Au fond, il est donc toujours bien vrai qu'on ne prête qu'aux riches, et c'est une pure fantaisie d'imaginer que la contrainte par corps soit une ressource pour les gens de peu.

Nous croyons avoir démontré que ni l'intérêt du créancier, ni celui du débiteur n'étaient liés au maintien de la contrainte par corps, et qu'elle leur était bien plus nuisible qu'utile. Cela suffirait à la juger. Mais nous n'avons pas examiné tous les termes du problème, et nous avons encore un poids considérable à mettre dans le plateau de la balance du côté des inconvénients ; ce poids, c'est celui de la société elle-même, et ici nous appelons de ce nom cette masse d'individus qui ne connaissent pas la contrainte par corps, et qui ont le bonheur de n'en avoir besoin ni pour prêter ni pour emprunter.

Pour la société, la contrainte par corps est nuisible en mille manières, et, on peut le dire, désastreuse. Et d'abord tous ces frais inutiles, faits contre les débiteurs insolvables, sont pour elle un déficit sans compensation. C'est un capital qui aurait pu

alimenter des entreprises fécondes; il est retiré de la circulation et perdu comme si on l'avait jeté au fond de la mer.

Mais il y a un capital bien plus sérieux et considérable qui s'anéantit : c'est le travail, la production de ces milliers d'hommes qu'on incarcère chaque année, qui sont arrachés à leurs affaires, paralysés dans leur action, et livrés au désœuvrement et à la paresse, mauvaise conseillère. Prenons la statistique de 1852, par exemple, nous y verrons que sur six cent quarante-six individus, il n'y en a que soixante-et-un sans profession. Tous les autres travaillaient et produisaient ; c'étaient des instruments utiles à la société ; on les a brisés sans souci de l'intérêt général. Et pour apprécier toute l'étendue de cette perte sociale, considérons que la plupart de ces prisonniers, c'est encore la statistique qui nous l'apprend, sont dans la force de l'âge et dans toute l'ardeur de leur activité. Ils sont mariés, placés quelquefois à la tête de maisons qu'ils dirigent. A leur travail personnel se rattache le travail des leurs, celui de leur femme, celui de leurs employés. Un garde du commerce renverse en un clin-d'œil un édifice si laborieusement élevé.

Qu'il est à regretter que la statistique ne nous permette pas de calculer tout ce qu'auraient pu faire dans une année, les hommes emprisonnés pour

dettes, si on les eût laissés à leurs affaires? Si un pareil calcul était possible, la société reculerait, effrayée des pertes immenses que lui cause cette ruineuse institution.

Mais ce n'est pas seulement une perte actuelle et d'un moment que la contrainte par corps occasionne, c'est une perte indéfinie et, par suite, inappréciable. Elle a, en effet, une action morale qu'il ne faut pas oublier. Est-ce que la chute de cet homme, hier encore dans l'opulence et aujourd'hui dans une prison, ne portera pas le plus souvent un coup mortel à son énergie? Quand il aura passé des mois, des années, sous les verrous, est-ce qu'il ne se sentira pas découragé, énervé, impuissant? Aura-t-il la force, quand la liberté lui sera rendue, de tenter de nouveau la fortune, de braver tant de difficultés qui vont surgir devant lui, de lutter en désespéré contre un passé qu'on lui opposera souvent comme une flétrissure? Bien peu auront cette indomptable volonté, et presque toujours l'homme qui sort de Clichy est un homme mort pour la société. Ce n'est donc pas une année ou deux de travail qu'elle perd, c'est une vie toute entière.

Du côté de la famille, pesons aussi, si nous le pouvons, les conséquences de l'emprisonnement. Représentons-nous la femme, la jeune fille abandonnées, tombées de l'opulence dans la misère, en

proie au désespoir et aux terribles suggestions du besoin; dans cette crise si grave, elles n'ont ni appui ni conseil, et qui pourra dire les désordres qui résulteront trop souvent d'une pareille situation? Tout cela n'est point, quoi qu'on en dise, de la déclamation; c'est la triste réalité.

On a assez parlé de l'influence délétère des prisons sur la moralité humaine, pour que nous n'ayions pas besoin d'y insister. Qu'il nous soit permis, cependant, de reproduire ici un passage de Bentham (*Traité de législation civile et pénale*, t. II, p. 246), qui nous paraît le plaidoyer le plus éloquent qu'on ait jamais écrit sur ce sujet: « Les prisons, dit Bentham, renferment tout ce qu'on pourrait trouver de plus efficace pour infecter le corps et l'âme; à ne les considérer que du côté de la fainéantise absolue, les prisons sont dispendieuses à l'excès; à force de désuétude, les facultés des prisonniers languissent et s'énervent; leurs organes perdent leur ressort et leur souplesse. Dépouillés à la fois de leur honneur et de leur habitude du travail, ils n'en sortent que pour être repoussés dans le crime par l'aiguillon de la misère. Soumis au despotisme subalterne de quelques hommes, ordinairement dépravés par le spectacle du crime et l'usage de la tyrannie, ces malheureux peuvent être livrés à mille souffrances inconnues, qui les aigris-

sent contre la société et les endurcissent aux peines. Sous le rapport moral, une prison est une école où la scélératesse s'apprend par des moyens plus sûrs qu'on ne pourrait jamais en employer pour enseigner la vertu ; l'ennui, la vengeance et le besoin président à cette éducation de perversité ! » Sans doute, ce passage est un peu vif dans la forme, appliqué à l'emprisonnement pour dettes ; mais on peut le descendre d'un ton, et le fond sera toujours vrai.

Nous croyons avoir fait scrupuleusement le bilan de la contrainte par corps, et certes, nous pouvons bien affirmer qu'il ne lui est pas favorable. Nous n'avons vu partout que dangers et inconvénients ; tout le monde en souffre, les créanciers, les débiteurs, la société toute entière. Aussi, quand on médite cette douloureuse question, on est presque saisi de découragement ; on se demande comment les sociétés peuvent méconnaître à ce point les lois qui les gouvernent, et sacrifier aveuglément leurs plus chers intérêts ; on se dit que le progrès social est bien lent, et que la Providence a voulu nous le faire payer bien cher.

La contrainte par corps ne peut donc plus subsister de nos jours ; elle doit être effacée de nos Codes comme un legs de la barbarie. Mais, après l'avoir abolie, il nous semble qu'il reste quel-

que chose à faire pour rendre la réforme définitive.

On ne peut se dissimuler, en effet, que, parmi les débiteurs auxquels notre Code applique la contrainte par corps, il y en a un certain nombre qui sont indignes d'intérêt, parce qu'ils sont de mauvaise foi, et ont commis sciemment un dol qui a ruiné autrui. Qu'est-ce que le stellionataire, si ce n'est un escroc d'un genre particulier? Qu'est-ce que celui qui cache perfidement son actif, si ce n'est une sorte de voleur qui dérobe aux créanciers leur propriété? Qu'est-ce que fait le dépositaire de deniers publics qui les détourne à son profit? qu'est-ce que fait le gardien, qui dispose de la chose à lui confiée par la justice? Ils commettent un véritable abus de confiance.

Aussi, toutes les fois qu'on a aboli purement et simplement la contrainte par corps, il s'est élevé, au lendemain de l'abolition, un cri de la conscience publique protestant contre de pareils faits, et, à la faveur de ce soulèvement de l'opinion, il s'est toujours produit une réaction aveugle qui a fini par ramener l'institution toute entière. Il faut prendre des mesures contre cette insurrection des esprits, en leur donnant la satisfaction qu'ils demandent.

Tous ces débiteurs de mauvaise foi sont en réalité des coupables; ils ont commis un délit, et il faut

que ce délit soit réprimé. Le tort du législateur a toujours été de rétablir la contrainte par corps comme moyen de coercition contre de pareils faits ; la contrainte par corps, comme telle, n'a aucune raison d'être en cette matière ; la peine seule est logique.

Ce qu'il faudrait donc, ce serait ajouter un petit chapitre au Code pénal ; nous ne faisons qu'indiquer le principe, la tâche du législateur serait de l'appliquer à tous les détails du sujet. Sans doute, il ne s'agit pas de faire, contre les débiteurs de mauvaise foi, une législation draconienne. Les coupables dont nous parlons sont évidemment à un degré au-dessous du voleur et de l'escroc ; néanmoins, ils ont commis un fait grave envers la société, qui doit être puni.

La législation que nous réclamons serait donc un progrès pour les débiteurs eux-mêmes, puisqu'elle serait beaucoup plus douce que la contrainte par corps actuelle, dont la durée peut encore aujourd'hui être de cinq ans.

Nous admettons aussi l'emprisonnement du condamné qui n'a pas pu acquitter l'amende à lui infligée. L'amende, en effet, est une peine, et si elle est d'une application impossible contre certains coupables, il faut bien, sous peine d'assurer à ceux-ci l'impunité, lui substituer une autre peine, la prison.

Sur ce point, nous ne changerions donc pas en fait la législation actuelle, mais nous changerions soigneusement les principes et les mots eux mêmes, qui ont une grande valeur dans de pareilles questions. Nous ne dirions pas que la contrainte par corps s'exerce pour le payement des amendes, ce qui est injustifiable; mais bien qu'à défaut de paiement de l'amende, la peine de l'emprisonnement sera encourue.

Pour être complets, nous devons dire, en terminant, quelques mots des étrangers. On pense bien que nous ne main'enons pas contre eux, par esprit patriotique le système si exorbitant de notre droit actuel ; grâce au ciel, nous sommes loin de ces temps de défiance où l'on considérait l'étranger comme un ennemi pour le mettre hors la loi. Du reste, les intérêts bien entendus de notre commerce exigent qu'au lieu de décourager les étrangers par des lois d'exception, on les rassure en les plaçant dans le droit commun.

Le monde est aujourd'hui un vaste marché, où l'on ne connaît plus d'étrangers ni de nationaux ; tous les commerçants sont égaux en droit et en liberté. Rien n'empêche le Français, qui traite avec un étranger et qui a des craintes, de prendre ses précautions; s'il veut toute sécurité, il lui est permis de ne traiter qu'au comptant. Si, au contraire, il veut courir les chances d'une affaire fructueuse,

alors même qu'elle peut se dénouer dans de lointains pays, il doit subir les conséquences de la situation qu'il s'est faite, et il n'est pas en droit de demander au législateur de réparer son imprudence et de confisquer, par mesure de sûreté, la liberté d'autrui. Il est, au fond, dans la position d'un commerçant du Havre, qui traite au Havre avec un commerçant de l'Algérie, sachant bien que, s'il n'est pas payé, il sera obligé d'aller plaider en Algérie; l'homme sage, qui traite avec un étranger, doit également prévoir qu'il pourra être contraint de le poursuivre devant les tribunaux de son pays. Cette prévision est de l'essence même du contrat, et elle doit être respectée et maintenue par la loi.

Maintenant, il est bien entendu que, pour l'étranger comme pour le Français, nous réservons la question de fraude. Si l'étranger cache sa nationalité pour abuser le Français, ou même s'il réalise subrepticement et dans une coupable pensée tout ce qui faisait la garantie de son créancier, pour s'enfuir dans son pays, il commet un véritable délit ; il mérite une peine, et nous concevons que le législateur réglemente une pareille situation et réprime de tels abus. Respect à la bonne foi, sévérité pour le dol et la fraude, telle est notre devise.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN MATIÈRE CIVILE.

Le Code Napoléon, comme l'ordonnance de 1677, fixe limitativement les cas dans lesquels la contrainte par corps peut être appliquée en matière civile, et l'art. 2063 déclare formellement que, hors des cas déterminés par la loi, il n'est pas permis au juge de la prononcer, ni même aux parties de s'y soumettre.

Lors de la promulgation du Code, il y avait encore deux cas dans lesquels le débiteur pouvait, par sa volonté, engager son corps au paiement de la dette. Le premier était celui où le fermier d'un bien rural voulait donner au propriétaire une garantie extraordinaire de solvabilité ; il lui était permis de se soumettre à la contrainte par corps pour le

payement de son fermage. Le législateur de 1848 a affranchi de cette voie de rigueur, une dette qu'une mauvaise récolte met souvent le malheureux fermier dans l'impossibilité d'acquitter à l'échéance.

Le second cas de contrainte conventionnelle subsiste encore; il est autorisé par l'article 2060, qui permet aux cautions des contraignables par corps de se se soumettre à ce moyen rigoureux d'exécution.

Vient ensuite la contrainte par corps, prononcée directement par la loi sans la volonté du débiteur. Elle est *impérative*, et doit être prononcée de droit par le juge dans certaines circonstances précisées par le législateur. Elle est *facultative* et abandonnée dans son application à l'appréciation du juge, pour certains faits variables de leur nature, et qu'il était impossible de caractériser *à priori* dans des articles formels.

De la contrainte par corps impérative. — 1° Elle est impérative d'abord en cas de stellionat. Chez les Romains, le stellionat était un délit vague, comprenant toutes les atteintes à la bonne foi qui ne tombaient pas sous le coup d'une loi spéciale. Notre Code, qui a voulu tout prévoir dans une matière si grave, a énuméré rigoureusement les conditions d'existence du stellionat.

Il y a stellionat, dit l'art. 2050, lorsqu'on vend

où qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ses biens sont chargés.

Il faut compléter cet article par l'art. 2136, qui déclare que les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de faire faire les inscriptions ordonnées par la loi, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges et hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps.

En dehors de ces circonstances, il n'y a point stellionat ni, par suite, contrainte par corps.

Ainsi, le tuteur ou le mari, qui vend ses immeubles sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale, qu'il n'a point inscrite, ne devient pas pour cela stellionataire; car l'art. 2136 ne parle que du tuteur ou du mari qui consent une hypothèque. Ajoutons, du reste, pour expliquer le silence du législateur sur l'hypothèse de la vente, que le danger n'est pas le même dans ce dernier cas. Car l'acheteur, qui ignore au moment de son acquisition les hypothèques existantes sur les biens acquis, n'a rien à redouter. Avant de payer son prix, il fera la purge,

qui lui fera connaître les hypothèques, même non inscrites, et lui permettra de se soustraire à la chance d'une éviction.

Le stellionat n'existe qu'autant qu'il y a une intention frauduleuse de l'agent ; car ce que la loi poursuit avec sévérité, c'est la fraude et non l'erreur excusable ou l'ignorance forcée.

Il n'y a lieu non plus d'appliquer la contrainte par corps de ce chef qu'autant que la victime du stellionat a éprouvé un préjudice. Car, dans le système de notre Code, la contrainte, au moins en théorie, n'est pas une peine; elle n'est qu'un accessoire de l'action du créancier. Or, l'intérêt étant la mesure de l'action, là où l'intérêt manque, l'action est impossible.

2° Le second cas de contrainte par corps impérative est celui du dépôt misérable; la loi a voulu protéger, d'une façon spéciale et extraordinaire, celui que la nécessité contraint au dépôt de sa chose entre les mains d'un tiers. D'un autre côté, l'infidélité de ce tiers lui a paru un acte révoltant qui confine au délit et ne saurait être toléré. On sait que l'aubergiste et le voiturier sont considérés comme des dépositaires nécessaires et, comme tels, soumis à la contrainte par corps.

3° Quand un individu s'est emparé, par violence et sans droit, du fond d'autrui, et qu'il aura été

condamné sur l'action possessoire introduite contre lui, par le légitime possesseur, à délaisser le fond, il devra s'exécuter sans retard. S'il s'y refuse, il brave la justice et la loi ; aussi il sera traité avec la rigueur qu'il mérite, et la contrainte par corps sera exercée contre lui. Elle le sera non seulement pour le forcer à déguerpir, mais encore pour le forcer à payer les fruits qu'il a touchés pendant son indue possession, et même les dommages-intérêts auxquels il aura été condamné.

Remarquons que la contrainte par corps a pour but ici de contraindre une personne à l'exécution d'un fait, le délaissement. C'est une exception à la règle générale de notre droit qu'on ne peut forcer quelqu'un à faire. C'est par une fausse interprétation de notre article que des commentateurs ont soutenu que, pour l'appliquer, il fallait que le juge condamnât le spoliateur à payer une certaine somme en cas de retard dans le délaissement, et que ce serait pour le paiement de cette somme que la contrainte s'exercerait. Notre article exclut une pareille opinion ; car cette somme, qui serait arbitrée par le juge, aurait le caractère de dommages-intérêts. Or, dans le texte, la contrainte est appliquée pour les dommages-intérêts et, en outre, pour les délaissements du fond ; le délaissement est donc une obligation distincte des dommages-intérêts, et garantie

comme telle par le moyen rigoureux de l'emprisonnement.

Il faut citer ici l'art. 712 du Code de procédure civile, qui procède du même principe que celui qui nous occupe. Il prononce la contrainte par corps contre le saisi qui, après la signification du jugement d'adjudication ne délaisse pas l'immeuble vendu.

4° La contrainte par corps est accordée par le § 3 de l'art. 2059, pour la répétition de deniers consignés entre les mains de personnes publiques, établies à cet effet. Ces personnes sont, par exemple, le caissier de la Caisse des consignations, les receveurs généraux, huissiers, agents de change ; car l'attribut de toutes ces fonctions est de recevoir l'argent du public pour des emplois déterminés.

L'application de la contrainte n'est ici qu'une extension ou plutôt une conséquence du *primo* de notre article. Il y a, en effet, dans notre espèce un dépôt nécessaire, puisqu'il ne peut être fait qu'entre les mains des personnes chargées par la loi de le recevoir.

Le *quarto* du même article contient une déduction semblable en ce qui concerne les corps certains, dont la garde est confiée, par la loi et la justice, à certaines personnes ; ces personnes, séquestres judiciaires ou gardiens de saisie, reçoivent un

dépôt que la loi considère avec raison comme nécessaire, et qu'elle garantit, pour ce motif, par la contrainte par corps.

5° L'art. 2060 soumet à ce moyen de coercition les cautions judiciaires et les cautions des contraignables par corps, *lorsqu'elles se sont soumises à la contrainte.*

On s'est demandé si ces derniers mots s'appliquaient seulement aux cautions des contraignables par corps, ou s'ils s'appliquaient également à celles-ci et aux cautions judiciaires. En un mot, les cautions judiciaires ont-elles besoin de se soumettre volontairement à la contrainte par corps, ou bien y sont-elles asservies de plein droit par la force de la loi. Il paraît bien résulter des travaux préparatoires de notre article, que cette dernière interprétation est la vraie; car l'article originaire consistait dans cette simple proposition : « La contrainte par corps a lieu contre les cautions judiciaires. » Ce fut plus tard et dans une seconde rédaction qu'on ajouta, « et contre les cautions des contraignables, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte. » La restriction n'a été mise qu'avec l'addition, elle ne doit donc s'appliquer qu'à ce qui a été ajouté.

6° Les officiers publics, dépositaires de minutes, sont tenus de les représenter à la justice quand elle le requiert ; cette obligation, que leur impose la loi,

est sanctionnée par la contrainte par corps. L'art. 839, du Code de procédure, est une application de ce principe.

7° Enfin l'art. 2060 termine en prononçant la contrainte par corps contre les notaires, avoués et huissiers, pour la restitution des titres à eux conférés, et des deniers par eux touchés pour leurs clients. Mais il faut, pour que cette rigueur puisse être exercée, que ces officiers ministériels aient agi dans l'exercice de leurs fonctions.

Ajoutons, pour être complets sur la contrainte par corps impérative, quelques cas non énumérés dans l'art. 2060, à savoir celui où un témoin, appelé en justice, refuse de comparaître (art. 264 du Code procéd.; art. 80 du Code d'instr. crim.); celui où l'on se rend adjudicataire des bois de l'État ou fermier de la pêche fluviale (art. 28 du Code forestier; loi du 15 avril 1829), et enfin celui de folle-enchère (art. 710 et 740 du Code de proc.). Dans ce dernier cas, le fol-enchérisseur est tenu par corps pour le paiement de la différence entre son prix d'acquisition et celui de la vente sur folle-enchère.

De la contrainte par corps facultative. — Le premier cas de contrainte par corps facultative est indiqué dans l'art. 2061; c'est celui où un jugement, rendu au pétittoire, condamne celui qui détient un

immeuble à le restituer au légitime propriétaire. Ici la contrainte n'est point de droit, parce que celui qui possède un fond, en vertu d'un titre légal et non d'une usurpation violente, peut être de bonne foi. Aussi la contrainte par corps ne peut être prononcée pour ce motif, que quand le jugement, qui ordonne la restitution de l'immeuble, n'a point été exécuté dans la quinzaine de sa signification ; et alors il faut un second jugement qui, appréciant les circonstances dans lesquelles se produit la résistance du possesseur illégal, décide s'il y a lieu de prononcer cette rigoureuse sanction.

Le Code Napoléon accordait encore au juge le droit d'appliquer la contrainte par corps au fermier qui s'y était soumis volontairement. Nous avons dit que la loi de 1848 avait supprimé ce mode de contrainte conventionnelle. Mais elle existe encore pour la représentation, à la fin du bail, du cheptel de bétail, des semences et instruments aratoires confiés au locataire; il y a là une sorte de violation de dépôt nécessaire, que la loi a voulu punir dans l'intérêt du propriétaire et du fermier lui-même.

A ces cas de contrainte facultative, énumérés dans le Code Napoléon, il faut en ajouter plusieurs, qui sont indiqués dans le Code de procédure. L'article 126 de ce Code garantit par cette sanction, les créances pour reliquat de compte de tutelle ou

curatelle, et les créances de dommages-intérêts accordés par jugement, quand ils excèdent trois cents francs.

L'art. 534 du même Code l'autorise même contre toute personne autre qu'un tuteur ou curateur qui ne rend pas le compte qu'elle doit dans le délai fixé par le juge-commissaire.

Elle peut être prononcée contre les avoués qui, dans une instruction par écrit, n'ont pas rétabli, à l'expiration des délais de la loi, les productions par eux prises en communication, et contre tout dépositaire de pièces qui peuvent servir de terme de comparaison dans une instance en vérification d'écritures (art. 201).

Celui qui, dans une instance, dénie une pièce émanant de lui, peut être contraint par corps pour l'amende, les dépens et les dommages-intérêts de la partie (art. 213).

L'art. 221 menace de ce moyen rigoureux le fonctionnaire public qui n'apporte pas au greffe, sur l'ordonnance du juge-commissaire, la pièce arguée de faux, dont il est dépositaire.

Enfin, l'article 320 dit qu'en cas de refus de la part des experts de déposer leur rapport, ou même en cas de simple retard, ils pourront être condamnés par corps, s'il y a lieu, à en faire le dépôt.

On voit que si le Code Napoléon s'est montré avare de ce moyen d'exécution, et ne l'a remis que très-exceptionnellement aux mains du juge, le Code de procédure, à l'inverse, l'a prodigué à tout propos, et, on peut le dire, sans grand discernement ; car il s'en faut que la nécessité l'appelle et le justifie dans la plupart des cas que nous venons d'énumérer.

Après avoir fait connaître les différentes causes qui permettent l'application de la contrainte par corps en matière civile, disons un mot des atténuations que la loi apporte à l'emploi de cette mesure rigoureuse.

Pour des raisons d'humanité faciles à comprendre, elle ne permet de la prononcer contre les mineurs pour aucun motif (art. 2064 du Code Napoléon). Elle ne l'autorise pas non plus contre les septuagénaires et contre les femmes, à moins qu'il n'y ait stellionat. Il suffit que la soixante-dixième année soit commencée pour jouir de la faveur accordée aux septuagénaires (art. 2066).

Enfin, la loi de 1848 (art. 10) a interdit l'exercice de ce droit rigoureux entre mari et femme, ascendants, descendants et collatéraux jusqu'au degré de grand-oncle et de grand'tante, ou entre les alliés au même degré.

La contrainte par corps en matière civile ne peut

être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs (art. 2065). L'art. 126 du Code de procédure, qui la prononce pour une créance de dommages-intérêts, exige que la somme soit supérieure à trois cents francs, ce qui constitue une petite différence avec l'art. 2065, et, il faut bien le dire, une anomalie.

Pour former le chiffre de trois cents francs, on peut ajouter au capital de la dette les intérêts; mais on n'y saurait ajouter les dépens; car la loi n'attache pas la contrainte par corps aux dépens.

Il faut considérer la dette au moment de sa naissance pour savoir s'il y a lieu à contrainte par corps; il ne serait pas permis de réunir plusieurs dettes différentes pour en faire un total supérieur à trois cents francs, et s'en prévaloir contre le débiteur. La nature et le caractère originaire de la créance ne peuvent changer par un fait postérieur. A l'inverse, une créance supérieure à trois cents francs peut se diviser par un fait ultérieur, par exemple, par la mort du créancier qui la divise entre les héritiers; dans ce cas, la créance peut se trouver fractionnée en plusieurs petites créances inférieures à trois cents francs; et alors la contrainte par corps ne peut plus être exercée par chaque héritier, puisqu'il ne pourrait agir que pour une somme inférieure à trois cents francs, et

que la loi le lui interdit. Si cependant le défunt avait, avant son décès, commencé des poursuites et fait emprisonner son débiteur, il y aurait là un fait acquis, et qui pourrait persévérer, malgré le décès du créancier. Ce serait absolument comme dans le cas où le débiteur incarcéré paie une partie de la dette, et la réduit ainsi au dessous de trois cents francs ; il n'en reste pas moins incarcéré, tant qu'il ne s'est pas libéré jusqu'au dernier centime.

La contrainte par corps ne peut être prononcée que par un jugement (art. 2067). Telle est la règle générale ; mais elle comporte quelques exceptions. Ainsi l'art. 519 du Code de procédure déclare que la simple soumission de la caution judiciaire, faite au greffe du tribunal, sera exécutoire sans jugement, même pour la contrainte par corps.

L'art. 264 du même Code permet au juge commis pour une enquête de condamner, par une simple ordonnance, les témoins défaillants qui ont été réassignés à une amende de cent francs, avec sanction de la contrainte par corps. De même, les art. 191, 201 et 221 en autorisent l'application par voie de simple ordonnance quand les pièces communiquées n'ont pas été rétablies, ou quand des dépositaires, publics ou privés de pièces nécessaires à la justice se refusent à les produire sur l'injonction qui leur est faite.

Les arbitres ne peuvent attacher la contrainte par corps à leurs sentences ; la loi ne donne ce pouvoir qu'aux juges investis directement de l'autorité publique et du droit de faire exécuter les lois.

L'appel est suspensif pour la contrainte par corps comme pour le reste dans les jugements en premier ressort. Il est même suspensif quand l'exécution provisoire en a été ordonnée ; si cependant cette exécution provisoire n'a été permise que sous caution, comme la caution garantit au débiteur la réparation d'un emprisonnement immérité, le jugement peut alors être exécuté contre lui.

Quand le jugement est en dernier ressort, la loi de 1832 permet toujours l'appel sur le chef de la contrainte par corps. Mais, dans ce cas, l'appel n'est pas suspensif ; le législateur a craint, en lui donnant ce privilége, d'encourager des appels qu'on n'aurait jamais manqué de former pour gagner du temps.

Le titre du Code Napoléon qui traite de la contrainte par corps en matière civile, se termine en disant qu'il n'est point dérogé aux lois particulières qui autorisent la contrainte en matière de commerce, ni aux lois de police correctionnelle ou d'administration. Pour compléter l'étude de notre matière, nous avons donc à examiner ces lois.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE COMMERCIALE.

Cette matière a été réglée par la loi de 1832 ; le Code de commerce l'ayant passée sous silence, il avait fallu recourir à la loi du 15 germinal an VI. De là étaient nées de nombreuses difficultés ; car la loi de germinal procédait par voie d'énumération pour indiquer les dettes auxquelles la contrainte par corps pouvait être appliquée pour cause de commerce ; et comme une énumération est difficilement complète et laisse toujours en dehors d'elle des cas imprévus, on avait été amené à constater dans cette loi beaucoup de lacunes.

La loi de 1832 a tout simplifié en déclarant, en principe, que la contrainte par corps était attachée à toute dette commerciale. Aujourd'hui, il n'y a donc plus qu'un seul point à examiner, à savoir si la dette est commerciale. Cette question est tranchée par le Code de commerce, dans les art. 632 et suivants. L'examen de ces articles est du ressort du droit commercial plutôt que de notre sujet ; comme il nous entraînerait trop loin, nous ne l'entreprendrons pas.

En matière commerciale, comme en matière civile, il y a des exceptions à la contrainte par corps,

prononcées par la loi en faveur de certaines personnes. Le mineur d'abord y échappe, en principe, par une raison simple, c'est qu'il ne peut, même quand il est émancipé, faire seul un acte de commerce; un tel acte, étant nul, ne peut évidemment entraîner la contrainte par corps. Mais le mineur peut, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 2 du Code de commerce, faire valablement le commerce ; dans ce cas, il est réputé majeur pour tous les actes qu'il fait dans son commerce, et, comme tel, il peut être soumis à la contrainte par corps.

Elle ne peut être prononcée contre les débiteurs qui ont commencé leur 70e année; cet adoucissement de stricte humanité est l'œuvre de la loi de 1832. La loi de germinal, impitoyable pour la violation des engagements commerciaux, était sans pitié, même pour le vieillard.

En ce qui concerne les femmes, elles ne sont passibles de la contrainte qu'autant qu'elles sont marchandes publiques. Et, dans ce cas, elles ne peuvent pas, de leur fait, soumettre leur mari à cette voie rigoureuse, alors même qu'il est tenu personnellement de l'obligation contractée par sa femme. L'ancien droit faisait retomber sur lui, il est vrai, cette responsabilité exorbitante; mais dans notre

législation il est impossible, en l'absence d'un texte précis, d'aller jusque là.

L'art. 231 du Code de commerce, par des raisons d'intérêt général et de sécurité publique, défend d'exercer la contrainte par corps contre les marins qui sont à bord ; si cependant la dette qui motive la poursuite a été contractée pour le voyage, l'exception cesse, et l'on reste dans la règle.

La Cour de Paris, par un arrêt du 22 novembre 1852, a décidé qu'une personne non commerçante qui fait des marchés à terme peut être, si elle ne paye pas les différences, poursuivie par corps par son agent de change. Elle a vu un acte de commerce dans l'achat et la vente d'effets publics plusieurs fois répétés.

Dans l'ancienne jurisprudence, on refusait de prononcer la contrainte par corps entre associés, sur la foi de l'adage romain que la société *jus quodammodo fraternitatis in se habeat*. Cette doctrine, en l'absence d'un texte formel, ne pouvait avoir de base sérieuse dans notre législation ; aussi la jurisprudence, qui avait paru un instant lui accorder faveur (arrêt de la Cour de Paris du 2 février 1814), la condamne aujourd'hui formellement.

Une question très-controversée est celle de savoir si les commanditaires d'une société en com-

mandite, ou les souscripteurs d'actions dans une société anonyme, qui n'auraient pas opéré leur mise de fonds, peuvent y être contraints par corps par les créanciers de la société. La jurisprudence n'hésite plus à appliquer ce moyen rigoureux à de tels contrats ; aussi est-elle énergiquement critiquée par beaucoup d'excellents esprits, qui lui reprochent de méconnaître la loi dans des vues utilitaires. Les juges ont voulu, dit-on, contenir ces spéculateurs effrénés qui s'engagent dans toutes les sociétés, sachant bien qu'ils ne peuvent faire les versements qu'ils promettent, et espérant toujours faire des réalisations avantageuses. Mais ils ont oublié que celui qui prête des fonds à une société ne fait point acte de commerce, pas plus que celui qui prête à un commerçant ordinaire pour les besoins de son commerce. La société, il est vrai, fait des actes de commerce ; mais la personne des associés est en dehors de la société, et ne peut être engagée d'aucune manière.

Je ne sais si ces critiques sont bien péremptoires ; il me semble que les Cours pourraient répondre : Il n'y a aucune comparaison entre celui qui prête à un commerçant pour les besoins de son commerce une certaine somme, et celui qui entre dans une société et promet une mise de fonds. Le premier vend en quelque sorte son argent moyennant

un certain prix, qui est le remboursement du capital avec les intérêts ; il n'a plus aucun droit sur cet argent ; il ne fait pas un acte de commerce. Mais l'associé qui apporte des fonds dans une société conserve en réalité la propriété de cet argent ; seulement il le met dans une masse, afin d'augmenter les bénéfices qu'il peut en retirer ; il le fait travailler avec d'autres capitaux, pour en tirer un profit personnel. Ce travail de son argent dans la société est entièrement commercial, puisque la société est instituée pour faire le commerce ; et il constitue un acte de commerce, puisque le bénéfice en est le but et la fin. En vérité, ce sont les associés, représentés par les pouvoirs légaux de la société, qui font les actes de commerce de cette société. Seulement ils ne peuvent être engagés, au point de vue commercial, que pour la somme par eux promise à la société, et non d'une manière générale; voilà en quel sens leur personnalité est distincte de celle de la société.

Dans une société en participation, la difficulté dont nous nous occupons ne peut surgir, puisque, aux yeux des tiers créanciers, il n'y a point de société ; il n'y a qu'un débiteur commerçant obligé personnellement, mais n'engageant en rien ses co-associés, qui restent inconnus.

L'art. 1 de la loi de 1832 défend aux tribunaux

de prononcer la contrainte par corps en matière commerciale pour une somme moindre de deux cents francs *en principal* ; il résulte de cette dernière expression qu'on ne peut, pour former le chiffre de deux cents francs, ajouter au capital de la dette les intérêts et les dépens. En matière civile, au contraire, aucun texte n'empêche de faire le calcul de cette façon.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE.

Toutes les législations qui ont admis la contrainte par corps l'ont appliquée, au premier chef, au recouvrement des deniers publics. C'est, en effet, une des créances les plus favorables, puisqu'elle est la plus nécessaire : si les deniers publics ne rentrent pas exactement dans les caisses de l'Etat, tous les services se trouvent arrêtés, et il en peut résulter un immense désordre dans la société. Aussi, quand on a aboli la contrainte par corps aux différentes époques de l'histoire, l'a-t-on presque toujours maintenue pour ce cas particulier. Saint Louis, après avoir défendu de la prononcer pour quelque dette que ce soit, se hâtait d'ajouter *fors por la nostre*. La Convention, qui l'abolit par son décret du 9 mars 1793, la rétablit le 20 mars suivant

contre les débiteurs de l'Etat. La loi de germinal la régularisa, et le Code la reconnut.

Aujourd'hui elle est réglementée par la loi de 1832, qui a abrogé les législations précédentes. Cette loi soumet à la contrainte par corps tous les comptables qui détiennent les deniers de l'Etat, receveurs généraux, receveurs particuliers, caissiers ; elle y soumet aussi les cautions de ces comptables, qui tombent de plein droit sous son application.

Les personnes qui, sans être des comptables, ont, en qualité de préposés, géré ou fait personnellement la recette, ou qui à tout autre titre détiennent des valeurs de l'Etat dont elles ne font point le versement, sont contraignables par corps.

La loi de 1832 donne aux communes et aux établissements publics le même privilége qu'à l'Etat pour le recouvrement des deniers qui leur appartiennent.

Les personnes qui traitent avec l'Etat, les communes ou établissements publics, comme entrepreneurs, fournisseurs ou soumissionnaires, sont soumises, ainsi que leurs cautions, à la contrainte par corps, pour l'exécution des engagements qu'elles ont ainsi contractés.

Enfin, il y a une classe de contribuables qui sont soumis à cette mesure de rigueur pour le paiement

de l'impôt : ce sont les redevables de droits de douane et d'octroi, qui n'ont obtenu la libre disposition des objets soumis aux droits qu'en prenant l'engagement de l'acquitter.

La loi administrative ne fait d'exception à ces duretés que pour les septuagénaires ; les femmes et les mineurs restent donc soumis à la contrainte par corps.

Du reste, la loi de 1832 ne permet de l'exercer pour cette cause que quand la créance principale excède trois cents francs.

Dans la matière qui nous occupe, il y a une dérogation à l'art. 2067, en ce qui concerne la manière de prononcer et d'exécuter la contrainte. Il n'est pas besoin d'un jugement, comme dans les matières ordinaires. Tout se fait par voie administrative ; la contrainte est décernée par le ministre, ou même par les agents inférieurs qui ont reçu de la loi un tel pouvoir. Seulement, quand ce n'est pas le ministre qui délivre la contrainte, elle doit recevoir le visa du juge de paix ou du président du tribunal.

On peut former opposition à la contrainte administrative; mais ce sera alors devant l'autorité administrative que le débat suivra son cours.

Une question longtemps controversée a été celle de savoir si la contrainte par corps pouvait être

exercée contre le militaire en activité de service. Un arrêt de la Cour de Caen, du 22 juin 1829, avait refusé ce droit au créancier, en déclarant que l'exception aux règles communes dérivait ici d'une condition essentielle à l'existence de la force militaire.

Aujourd'hui cette jurisprudence ne serait plus possible ; car la difficulté a été résolue par l'art. 72 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, qui dit : « La contrainte prononcée contre des militaires présents en Algérie et en activité sous les drapeaux, ne sera mise à exécution qu'un mois après l'avis donné par la partie poursuivante au chef de l'état-major de la division, qui en fournira récépissé. » Si les militaires sont contraignables en Algérie devant l'ennemi, ils le sont *a fortiori* sur le territoire français.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CRIMINELLE.

L'ancien droit prononçait déjà la contrainte par corps pour l'exécution pécuniaire des condamnations criminelles. Mais il ne pouvait être question des frais, puisque jusqu'à la loi de germinal ils furent compris dans l'amende prononcée au profit de l'Etat Quand cette loi eut décidé que les juge-

ments criminels condamneraient l'accusé au remboursement des frais, les tribunaux refusèrent d'appliquer la contrainte par corps à cette créance nouvelle, dont la loi antérieure n'avait pu s'occuper. Mais un décret interprétatif de l'Empereur, du 20 septembre 1809, rendu sur la demande de la Cour de cassation, déclara qu'il y avait lieu à la contrainte par corps pour le paiement des frais de justice criminelle.

Aujourd'hui aucune difficulté n'est possible sur ce point. Le Code pénal est venu, qui s'est expliqué clairement : l'art. 52 dit que l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps. Cet article est applicable seulement quand il y a eu condamnation, et dans ce cas la contrainte par corps est impérative.

Mais quand il y a eu acquittement, et que la Cour, cependant, juge qu'il y a eu, en dehors de tout crime ou délit un dommage causé dont elle ordonne la réparation, la contrainte par corps peut encore être prononcée; mais alors ce n'est plus en vertu de l'art. 52, mais bien en vertu de l'art. 126 du Code de procédure. La Cour est transformée, dans ce cas, en une juridiction civile ordinaire, qui peut attacher la contrainte au paiement de dom-

mages-intérêts quand ils dépassent trois cents francs; la contrainte devient alors facultative.

A ce cas il faut assimiler celui où la Cour, après avoir acquitté l'accusé, condamne la partie civile à des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'elle a causé en commettant une diffamation.

Les mineurs au-dessous de seize ans n'encourent pas de plein droit la contrainte par corps ; cependant les tribunaux peuvent la prononcer par le jugement, s'ils le jugent nécessaire, à raison des circonstances (art. 9 de la loi de 1848). Quant aux septuagénaires, la loi de 1832 s'en est occupée pour le cas où la condamnation excède trois cents francs; dans cas, la durée de la contrainte est réduite de moitié, soit pour le minimum, soit pour le maximum. Si le débiteur atteint l'âge de soixante-dix ans pendant qu'il est en prison, il ne devra subir que la moitié du temps qui lui reste à faire. La loi de 1832 ne s'occupant que des dettes supérieures à trois cents francs, le condamné se trouvait ainsi soumis, pour une somme inférieure à trois cents francs, au droit commun, et, par suite, exposé à être détenu plus longtemps que celui dont la dette dépassait cette somme. C'était une inconséquence que la loi de 1848 a fait disparaître en

étendant le bénéfice de l'âge à toutes les dettes sans distinction.

Aujourd'hui les femmes sont soumises à la contrainte par corps en matière criminelle ; la loi n'a fait aucune exception en leur faveur.

Les personnes civilement responsables ne sont pas contraignables par corps, en vertu de l'art. 52 du Code pénal.

En effet, la condamnation prononcée contre elles est une condamnation purement civile. Les juges pourraient cependant faire usage de l'art. 126 du Code de Procédure, et ordonner, s'ils le jugent à propos, la contrainte par corps pour les dommages-intérêts supérieurs à 300 fr. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 18 mai 1843.

L'art. 46 du Code forestier fait à ce principe une exception qui confirme la règle. Il décide que les adjudicataires des coupes de bois sont contraignables pour les amendes et restitutions prononcées contre leurs agents.

En matière criminelle, la contrainte par corps n'a pas besoin d'être prononcée ; elle découle de plein droit du jugement. Mais quand les condamnations excèdent 300 fr., la durée de la contrainte doit être fixée par le juge.

La contrainte est poursuivie dans son exécution

par le receveur de l'enregistrement agissant au nom de l'Etat.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS A L'ÉGARD DES ÉTRANGERS.

L'art. 48 de l'ordonnance de Moulins décrétait en principe, au profit de tous les sujets du roi, le droit d'exercer la contrainte par corps contre leurs débiteurs étrangers, pour quelque cause que ce soit. L'ordonnance de 1667 avait laissé subsister sur ce point l'ordonnance de Moulins, sans y porter atteinte.

La loi de germinal, an VI, qui abrogeait toutes les lois antérieures, ne s'occupait point des étrangers. Il y avait là une lacune qui fut comblée par la loi du 4 floréal, an VI ; cette loi revenait purement et simplement à l'ordonnance de Moulins.

Le Code Napoléon ne s'occupa point spécialement des étrangers ; ils restèrent donc soumis au droit commun des Français, passsibles de la contrainte par corps dans les mêmes cas et pour les mêmes causes que ceux-ci.

Quelques escroqueries scandaleuses commises par des étrangers attirèrent l'attention du pouvoir, et une loi rigoureuse fut proposée. C'est la loi du 10 septembre 1807 ; cette loi, complétée depuis par

celle de 1832, forme encore la législation en cette matière.

Tout jugement rendu au profit d'un Français contre un étranger emporte de plein droit contrainte par corps, sans même qu'il soit besoin de la prononcer. Mais il faut que le jugement soit obtenu par un Français ; car c'est lui seul que la loi a voulu protéger. L'étranger, même autorisé à établir son domicile en France ne pourrait réclamer une pareille faveur.

Les septuagénaires et les femmes sont exemptés de la contrainte par corps, excepté dans le cas de stellionat. Mais il n'y a aucune exception à faire pour les mineurs étrangers.

L'art. 14 de la loi de 1832 défend de prononcer la contrainte par corps contre un étranger pour une somme inférieure à 150 fr.

Elle a permis au Français de prendre des mesures de précaution pour empêcher l'étranger de se soustraire par la fuite à la contrainte par corps. Il peut donc présenter une requête au président du tribunal, afin d'être autorisé, à raison des circonstances, à faire arrêter provisoirement, avant tout jugement, l'étranger son débiteur. Mais si l'autorisation lui est accordée, il doit former sa demande en payement devant le tribunal dans la huitaine ; sinon l'étranger sera élargi.

Ajoutons que cette mesure rigoureuse ne peut être requise quand l'étranger possède en France des immeubles ou un établissement de commerce, ou encore quand il offre de donner une caution domiciliée en France ; dans ces cas, le Français a des garanties qui doivent le rassurer.

Quand le créancier originaire de l'étranger était lui-même un étranger, y a-t-il lieu néanmoins à l'application de la contrainte par corps, si cet étranger, par une cession de sa créance, s'est substitué un Français ? Nous pensons qu'en principe la cession ne peut aggraver la situation du débiteur étranger ; c'est un fait qui lui est étranger et dont il ne peut souffrir. Il a traité avec un étranger, sachant bien qu'il ne tombait point sous le coup de la contrainte ; sa position ne peut être empirée sans son consentement. Ajoutons que le cédant ne peut transmettre au cessionnaire un droit qu'il n'avait pas lui-même.

Si cependant il s'agit d'une créance négociable par sa nature, transmissible par endossement, comme le billet à ordre ou la lettre de change, il nous semble que les raisons que nous venons de donner devraient commander une solution différente. Car alors le débiteur étranger qui a signé un tel contrat a dû supposer qu'il pouvait être transmis à un Français, et, par suite, il a consenti implici-

tement à avoir pour créancier un Français, avec toutes les conséquences qui en découlent.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN DROIT CONSTITUTIONNEL.

La question de savoir si les membres d'une assemblée délibérante peuvent être soumis à la contrainte par corps a préoccupé tous les législateurs depuis la révolution de 1789.

L'Assemblée constituante maintint les vrais principes, qui commandent plus de probité civile et commerciale aux représentants de la nation qu'à tous autres. L'art. 54 de la loi du 13 juin 1791 dit qu'en matière civile toute contrainte légale pourra être exécutée sur les biens d'un représentant ou contre sa personne, tant que la contrainte par corps aura lieu contre les autres citoyens.

La constitution du 22 frimaire, an VIII, trancha la question dans le même sens.

La charte de 1814 fut la première qui déclara qu'aucune contrainte par corps ne pourrait être exercée contre un membre de la chambre des députés durant la session et durant les six semaines qui la précédaient ou la suivaient.

Cet article fut maintenu par la charte de 1830.

En ce qui concernait la chambre des pairs, la

charte de 1814 contenait une disposition obscure qui donnait à la chambre le droit exclusif d'autoriser l'arrestation d'un de ses membres, mais ne semblait le lui donner qu'en matière criminelle. La chambre, néanmoins, décida que ce pouvoir lui appartenait dans tous les cas et était remis à sa discrétion.

La constitution de 1848 ne statuait rien sur cette grave question. Les députés restaient donc sous l'empire du droit commun, et c'est par une inspiration d'amour-propre bien plus que par des raisons de droit que l'Assemblée législative annula de son autorité, en 1851, un jugement du tribunal de la Seine, qui prononçait la contrainte par corps contre un de ses membres.

Sous l'empire de la constitution actuelle, la matière est réglée par l'art. 10 du décret organique du 2 février 1852, qui dit en termes exprès qu'aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un député durant la session et pendant les six semaines qui la précèdent ou la suivent.

Mais pour les sénateurs, il n'y a aucun texte de loi, et, par suite, nous sommes d'avis qu'il n'y a aucune exception à faire en leur faveur. Le sénat est, nous le reconnaissons, placé au-dessus du corps législatif ; mais ce n'est pas une raison pour lui conférer une immunité dont il est plus respectueux

de supposer qu'il n'aura jamais besoin, et c'est le cas de rappeler ces paroles de Malleville au conseil des anciens : « La dignité des représentants de la nation est dans leur caractère même ; leur conduite doit la soutenir, les exemptions n'y ajouteraient rien.

EXÉCUTION ET DURÉE DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.

Le jugement qui prononce la contrainte par corps est toujours sujet à appel, au moins du chef de la contrainte ; mais s'il est en dernier ressort par la nature de la condamnation principale, l'appel n'est pas suspensif.

La loi de 1848 prolonge même les délais d'appel en faveur du débiteur ; son article 7 dit que le débiteur contre lequel la contrainte par corps a été prononcée par jugement des tribunaux civils ou de commerce, conserve le droit d'interjeter appel du chef de la contrainte dans les trois jours qui suivent l'emprisonnement ou la recommandation, lors même qu'il a acquiescé au jugement, et que les délais ordinaires sont expirés.

Avant la loi de 1848, on avait discuté longtemps la question de savoir si un acquiescement donné par la partie condamnée à un jugement qui prononçait la contrainte par corps, devait être consi-

déré comme valable. La jurisprudence annulait un pareil acquiescement, comme un pacte sur la liberté humaine. La loi de 1848 donna à cette solution la sanction législative; elle prit, de plus, des mesures pour déjouer la tactique des créanciers, qui avaient toujours soin de laisser expirer les délais d'appel sans exécuter, afin d'endormir le débiteur, et sévissaient ensuite avec la dernière rigueur. Aujourd'hui les délais d'appel n'expirent que trois jours après l'exécution pratiquée.

Le jugement rendu doit être signifié avant d'être exécuté. Il faut, en outre, que par le même acte ou par acte séparé, il ait été fait commandement au débiteur de payer les causes de la condamnation, et ce n'est que vingt-quatre heures après ce commandement que l'arrestation peut avoir lieu. S'il s'est écoulé une année entière depuis le commandement, il doit en être fait un nouveau. La loi a considéré avec raison qu'après une année d'inaction, le débiteur avait dû penser que le créancier renonçait à le faire emprisonner, et qu'il avait pu, dans cette croyance, se dessaisir des fonds qu'il avait entre les mains; il faut qu'il soit averti de nouveau du danger qui le menace.

Il faut que le commandement soit fait au nom de la personne même qui requiert l'emprisonnement. Si donc le créancier, après avoir fait le

commandement, ne procède pas à l'arrestation, et agit de préférence contre la caution qui paie, et se trouve ainsi subrogée aux droits du créancier, celle-ci ne pourra néanmoins reprendre immédiatement les poursuites contre le débiteur ; il faudra qu'elle fasse un nouveau commandement, celui fait par le créancier ne pouvant lui servir. (Jugement du tribunal de la Seine du 24 septembre 1852.)

La signification doit être faite par un huissier commis; la loi a voulu prévenir une connivence possible du créancier avec son propre huissier, et l'emploi de moyens odieux. L'huissier pourrait s'arranger de façon à ce que le débiteur ne connût pas le commandement, afin de rendre sa capture plus facile et plus sûre.

Le créancier doit faire élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal qui a rendu le jugement (art. 780 du Code de procéd.); la loi a voulu faciliter au débiteur le moyen de faire valoir au plus vite ses moyens, afin d'éviter l'emprisonnement.

A Paris, les gardes du commerce, institués par le décret du 14 mars 1808, ont seuls le privilége d'exécuter les contraintes par corps prononcées par le tribunal de commerce. Partout ailleurs, et à Paris même, pour les contraintes prononcées par les juridictions civiles, ce sont les huissiers qui

sont compétents ; ils opèrent, assistés de deux recors.

Le débiteur ne peut être arrêté ni avant le lever, ni après le coucher du soleil (art. 781 du Code de procéd.); le même article défend de procéder à une arrestation les jours de fêtes légales, qui sont les dimanches, les jours de Noël, de l'Ascension, de l'Assomption et de la Toussaint, le 1er janvier et le 15 août.

La contrainte par corps ne peut non plus être exécutée en tous lieux : l'art. 781 défend d'arrêter le débiteur condamné dans les édifices consacrés au culte pendant les exercices religieux, et aussi pendant les séances des autorités constituées, pendant les audiences des tribunaux, pendant les réunions des colléges électoraux.

En principe, le débiteur ne peut être arrêté dans sa maison, et la loi de germinal ne permet à l'huissier de violer pour ce motif le domicile du citoyen qu'autant qu'il est assisté du juge de paix du lieu, si celui-ci autorise l'arrestation. Le décret de 1808 affranchit les gardes du commerce de cette formalité, et ne les oblige à se faire assister du juge de paix que si le débiteur refuse l'entrée de sa maison.

Le débiteur ne peut non plus être arrêté quand il est porteur d'un sauf-conduit ; le sauf-conduit

est délivré par le juge d'instruction et par le président du tribunal ou de la Cour où le contraignable doit être entendu comme témoin. Le procureur impérial doit toujours donner des conclusions. Les juges de paix, les présidents des tribunaux de commerce, n'ont pas le pouvoir de délivrer des sauf-conduits (art. 782 du Code de procéd.). Cette conséquence a été consacrée par une circulaire ministérielle du 8 septembre 1807, qui s'exprime ainsi : « Il résulte assez clairement des termes de l'art. 782 que les tribunaux de commerce et les juges-de-paix sont privés de la faculté de délivrer ces sauf-conduits, d'abord parce qu'ils ne sont rappelés ni directement ni indirectement dans l'article du Code ; en second lieu, parce que n'ayant point auprès d'eux de ministère public, ils se trouvent dans l impossibilité de remplir la formalité des conclusions, qui sont aujourd'hui indispensables. »

Cependant il peut se trouver qu'il soit indispensable de faire entendre des témoins en état de contrainte par corps, soit devant un tribunal de commerce, soit devant un juge de paix. Le conseil d'Etat, consulté sur les moyens de sortir de la difficulté, rendit un avis le 30 mai 1807, duquel il résulte que, dans un cas pareil, la partie qui voudrait produire les témoins, devrait s'adresser au

président du tribunal civil, qui, sur la représentation du jugement qui ordonne l'enquête et les conclusions du ministère public, délivrerait, s'il y avait lieu, les sauf-conduits nécessaires.

Le débiteur qui se croit injustement arrêté peut demander à aller immédiatement devant le président du tribunal, qui ordonne sa mise en liberté, s'il trouve ses griefs fondés. Le garde du commerce qui refuserait de mener le débiteur devant le président du tribunal, encourrait une amende de mille francs, sans préjudice des dommages-intérêts.

Le débiteur arrêté doit être conduit dans la prison pour dettes. L'officier ministériel qui le conduirait dans tout autre lieu serait passible de la dégradation civique. L'article 122 du Code pénal édicte, en effet, cette peine contre tout officier public qui détient un individu hors des lieux désignés par l'administration. Dans les villes où il n'y a pas de maison affectée aux détenus pour dettes, on place le débiteur dans la prison, mais dans une partie spéciale, et à part des criminels. Dans notre ancien droit, le même principe avait déjà été établi, et Beaumanoir ne voulait pas qu'on confondît ceux qui sont tenus *por dette en prison* avec ceux qui étaient tenus *por vilain cas.*

Le geôlier de la prison dresse un acte d'écrou ; cet acte contient le jugement prononçant la con-

trainte par corps ; les noms, profession et domicile du créancier et du débiteur ; la mention qu'un mois d'aliments a été consigné. L'Etat seul est dispensé de cette consignation. La somme à consigner était, sous l'empire de la loi de 1832, de trente francs pour Paris et de vingt-quatre francs pour les autres villes ; elle a été élevée par une loi de 1861 à quarante-cinq francs pour Paris, et à trente-cinq ou quarante francs, selon l'importance des localités, pour les départements.

Tout créancier porteur d'un jugement qui prononce la contrainte par corps contre un débiteur déjà détenu par un autre créancier peut s'opposer à sa mise en liberté, en le recommandant. Il sera obligé alors de faire rédiger un nouvel acte d'écrou ; mais il ne sera pas obligé de consigner des aliments, si l'autre créancier en a déjà consigné. Seulement, le premier créancier peut se pourvoir devant le tribunal pour faire ordonner que le recommandant contribuera aux aliments par portion égale avec lui (art. 792 et 793).

DURÉE ET FIN DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.

1° Elle cesse d'abord par le consentement du créancier ; s'il y a recommandation, il est évident qu'il faut aussi, pour que le débiteur soit élargi, le

consentement de ceux qui ont fait la recommandation. Le consentement doit être donné par devant notaire ou sur le registre d'écrou (art. 801 C. Pr.). Le créancier qui a relâché son débiteur par sa volonté ne peut, en principe, le faire réincarcérer pour la même dette; il le pourrait cependant, si cette condition avait été mise à l'élargissement du prisonnier et si celui-ci l'avait acceptée.

2° La consignation de la somme due et des frais d'exécution met naturellement fin à la contrainte.

La loi de germinal (art 18) permettait au débiteur de sortir de prison en consignant le tiers de la dette et en donnant pour le surplus une caution acceptée par le créancier ou reçue par le tribunal qui avait rendu le jugement. Le Code Napoléon ayant gardé le silence sur cette mesure d'atténuation, il en était résulté qu'en matière civile, le débiteur ne pouvait recouvrer sa liberté qu'en consignant la totalité de la dette. Mais la loi de germinal restant en vigueur pour les matières de commerce, les débiteurs commerciaux avaient pu en réclamer le bénéfice.

La loi de 1832 revint en principe à la loi de germinal; seulement, chose singulière, elle restreignit ses faveurs aux dettes civiles, et ainsi se trouva établi un système inverse de celui qui avait régné depuis la promulgation du Code Napoléon. Le dé-

biteur commerçant ne put désormais sortir de prison qu'en consignant le montant intégral de la dette. La loi de 1848 effaça avec raison cette anomalie, en déclarant l'art. 24 de la loi de 1832 applicable aux matières commerciales.

3° La cession de biens, par laquelle le débiteur se dessaisit de tout son actif, le soustrait par une conséquence forcée à la contrainte par corps. Il n'a plus rien, il n'est donc pas besoin de l'emprisonner pour le forcer à montrer ses ressources. La cession de biens n'est accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi, et elle n'est pas possible en matière commerciale. Mais le commerçant a un moyen facile de se soustraire à la contrainte par corps, c'est de déposer son bilan ; dès lors le failli est dessaisi de ses biens, et il ne lui est pas possible légalement de payer ses créanciers ; tout moyen de coercition devient donc, à son endroit, inutile et odieux.

4° Si le créancier est en retard pour consigner les aliments, le débiteur se fera mettre en liberté sur une simple requête adressée par lui au président du tribunal ; cette requête n'a pas besoin d'être signée d'un avoué. Alors même que le créancier n'a pas consigné les aliments à temps, s'il fait cependant cette consignation avant que le débiteur ait formé sa demande en élargissement, cette demande

n'est plus recevable (art. 803 du C. Proc). Le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne peut plus être incarcéré pour la même dette (art. 31 de la loi de 1832).

La contrainte par corps ne peut avoir une durée indéfinie : quand le débiteur a subi la prison pendant un certain temps sans payer, il devient certain qu'il est réellement insolvable ; dès lors, ce serait cruauté et injustice de le retenir sous les verroux. Aussi la loi de germinal disait-elle que la contrainte par corps cessait par le laps de 5 ans. Cette limitation resta applicable aux matières commerciales. Mais en matière civile, le Code n'ayant fixé aucune limitation à la durée de la contrainte, il avait fallu en conclure qu'elle était perpétuelle. La loi de 1832 a réparé cette rigoureuse omission, en renfermant la durée de la contrainte par corps, en matière civile, dans les limites de 1 à 10 ans. Quand la contrainte était facultative, ou lorsqu'elle avait lieu pour la restitution des objets confiés au fermier, le maximum était de 5 ans, et le minimum toujours d'un an (art. 7 de la loi de 1832). La loi de 1848, plus généreuse encore, a fixé, dans tous les cas, le maximum à 5 ans et le minimum à 6 mois, aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle, aussi bien à l'égard des étrangers qu'à celui des comptables (art. 12).

Le jugement de condamnation devra toujours fixer la durée de l'emprisonnement. Si les juges ont omis de statuer sur ce point, ils ne peuvent réparer leur oubli par un jugement postérieur. Il ne reste alors d'autre ressource que de faire casser le jugement par la cour de cassation, qui renvoie l'affaire à d'autres juges, afin que ceux-ci réparent l'oubli des premiers (arrêt de cass. du 12 novembre 1838).

Dans les cas où la contrainte a lieu sans jugement, par exemple, contre les cautions judiciaires, il faut cependant que le créancier prenne un jugement qui fixe la durée de la contrainte.

En matière commerciale, la loi de 1832 a fixé un système de gradation où la durée de l'emprisonnement est proportionnée à l'importance de la dette. Cette échelle arithmétique, modifiée dans ses chiffres par la loi de 1848, monte à raison de 3 mois de prison pour 500 fr. ; arrivée à 6,000 fr., chiffre correspondant à 3 ans de prison, elle s'arrête. C'est le maximum de la détention permise pour une dette commerciale, quelle qu'elle soit.

En matière criminelle, la loi fait cesser la contrainte par corps après une courte épreuve, quand le condamné a établi son insolvabilité par des certificats du percepteur et du maire, qui attestent son indigence. Dans ce cas, l'emprisonnement varie de 15 jours à 3 mois, suivant l'importance de la con-

damnation ; il est de 15 jours pour les condamnations qui n'excèdent pas 15 fr. ; d'un mois jusqu'à 50 fr. ; de 2 mois jusqu'à 100 fr. ; de 3 mois jusqu'à 300 fr. Quand la dette excède 300 fr., la durée de la contrainte doit être fixée par le jugement de condamnation dans les limites de 6 mois à 5 ans (art. 12 de la loi de 1848).

Quand le débiteur ne prouve pas son insolvabilité, la loi de 1848 déclare que la durée de l'emprisonnement sera du double ; par suite, elle ne pourra excéder un maximum de 6 mois, quand la dette sera au-dessous de 300 fr. La loi de 1848, en statuant ainsi, a comblé une lacune regrettable de la loi de 1832 ; cette loi gardait le silence sur la durée de l'emprisonnement du débiteur qui ne justifiait pas de son insolvabilité quand la dette était au-dessous de 300 fr. Il en résultait alors que, pour le débiteur d'une somme inférieure à 300 fr., l'incarcération était illimitée, tandis que pour le débiteur d'une somme excédant 300 fr., elle était au maximum de 10 ans. La nouvelle loi a effacé cette anomalie.

Quand la dette est supérieure à 300 fr., la loi ne s'inquiète plus de l'insolvabilité du débiteur, et laisse au juge le soin de fixer, par son jugement, la durée de la contrainte dans les limites de six mois à cinq ans.

Le débiteur condamné peut aussi, en matière criminelle, se soustraire à la prison, en fournissant une caution qui prendra l'engagement de s'exécuter dans le mois. La caution est reçue par le receveur des domaines, et celui-ci peut exiger qu'elle se soumette à la contrainte par corps, si elle ne lui paraît pas offrir de garanties suffisantes de solvabilité. Et ainsi, un agent de l'administration peut contraindre un citoyen à abdiquer sa liberté pour sauver celle d'un autre.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. L'homme libre ne pouvait, en principe, ni se vendre, ni se mettre en gage.

II. Le *nexus* n'engageait pas sa liberté; il ne promettait que ses services (*operæ*).

III. Les enfants de l'*addictus* ne passaient pas dans le *mancipium* du créancier.

IV. Sous le système des actions de la loi, l'exécution sur les biens est exceptionnelle, mais elle existe en principe à côté de l'exécution personnelle.

DROIT FRANÇAIS.

I. L'art. 2136, qui ne parle que de l'hypothèque constituée par le mari ou le tuteur, ne peut être étendu au cas de vente;

II. La réintégrande n'est pas une action possessoire à part, distincte de la complainte, et, par suite, elle ne peut être exercée par celui qui n'a pas la possession annale.

III. Le mari ne peut contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal, *manu militari*.

IV. Le notaire est contraignable par corps pour la restitution des fonds qui lui sont confiés en vue d'un placement.

V. Les restitutions, qui sont l'exécution de l'obligation principale, ne constituent pas des dommages-intérêts ; ceux-ci ne peuvent être que la réparation d'une perte en dehors de l'inexécution du principal.

VI. Les syndics de faillite ne peuvent être soumis à la contrainte par corps, ni comme mandataires, ni comme dépositaires ; ils ne peuvent l'être que comme comptables commis par la justice.

VII. La contrainte par corps s'exerce contre celui qui a été condamné au possessoire pour en obtenir le fait matériel du délaissement, et non pas seulement pour faire payer des dommages-intérêts.

VIII. Les cautions judiciaires sont contraignables par corps de plein droit, sans qu'il soit nécessaire qu'elles fassent une soumission expresse.

IX. Le militaire en activité de service est contraignable par corps.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

X. Les sénateurs sont aujourd'hui soumis à la contrainte par corps.

PROCÉDURE.

XI. Un restaurant est un lieu public où la contrainte par corps peut être mise à exécution.

DROIT CRIMINEL.

XII. Quand un accusé est acquitté, et que la cour le condamne cependant à des dommages-intérêts, la contrainte par corps peut être prononcée ; mais alors elle est facultative et non impérative.

DROIT INTERNATIONAL.

XIII. Un Français, cessionnaire de la créance

d'un étranger contre un étranger ou un Français, ne peut requérir l'arrestation provisoire de celui-ci.

DROIT ADMINISTRATIF.

XIV. Une contrainte par corps administrative peut être décernée contre un mineur.

XV. La durée de la contrainte par corps, en matière administrative, est fixée par la contrainte et non par un jugement.

XVI. Il y a deux sortes de contraintes administratives, les unes, qui ont tous les caractères des jugements et doivent en produire les effets; les autres, qui ne constituent pas en réalité des actes de juridiction, et ne sont que des *exécutoires*.

XVII. Les consuls ne doivent pas être assimilés aux ambassadeurs, et, par suite, ils peuvent être soumis à la contrainte par corps.

Vu par le Président de la Thèse.
BUGNET.

Vu par le Doyen de la Faculté,
C. A. PELLAT.

Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.

DE LA

CONTRAINTE PAR CORPS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

P. BOUCHETAL-LAROCHE,

Avocat à la Cour Impériale.

THÈSE POUR LE DOCTORAT. — FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

PARIS

IMPRIMERIE DE VICTOR GOUPY

RUE GARANCIÈRE, 5.

—

1867

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

INTRODUCTION.

La contrainte par corps est une épreuve de solvabilité, destinée à faire avouer des ressources cachées : elle consiste dans l'emprisonnement momentané du débiteur.

La société ne se résigne qu'avec peine à porter ainsi atteinte à la liberté d'un de ses membres ; c'est un sacrifice douloureux pour elle, mais nécessaire parfois pour éviter le spectacle fâcheux que donnerait souvent un débiteur déloyal qui ferait adroitement disparaître ses ressources pour vivre ensuite dans le luxe et l'opulence, peut-être même sous les yeux de son créancier, dont le seul tort serait d'avoir été trop généreux et trop confiant.

Mais comment arracher au débiteur l'aveu de ces ressources qu'il tient cachées ? On le menace de la prison. La liberté étant le bien le plus précieux de l'homme, on a pensé que personne ne pouvait hésiter entre le sacrifice de sa liberté et celui de sa fortune. La contrainte par corps est donc aujourd'hui

l'*Ultima ratio* de la loi. C'est la plus extrême rigueur du droit civil. C'est dire qu'elle a toujours dû être, et qu'elle doit être encore aujourd'hui l'objet de nombreuses attaques.

On conteste la légitimité de ce droit ; on conteste aussi son utilité. Nous étudierons chemin faisant les objections et les réponses, mais avant d'aborder les textes qui nous régissent, il est peut-être bon de jeter rapidement un coup d'œil sur le droit ancien pour voir quelle était dans l'antiquité la sanction des conventions. Nous étudierons attentivement en droit romain les droits qu'avait le créancier sur la personne et sur les biens de son débiteur ; nous indiquerons aussi les principaux monuments que le moyen âge nous a laissés sur cette matière, et ces anciennes ordonnances des rois de France seront notre transition entre le droit romain et le droit moderne.

On peut dire sans crainte d'être démenti que toutes les nations de l'antiquité ont connu l'esclave pour dettes. Toutes ont offert la liberté du débiteur comme gage, comme sûreté de la créance. L'antiquité ne voyait, en effet, dans le patrimoine que l'accessoire de la personne, et pour que le créancier pût arriver jusqu'aux biens, on croyait qu'il fallait auparavant s'emparer du débiteur, le donner, le livrer comme esclave.

L'Asie, l'Egypte ont connu l'esclavage pour dettes. Les lois de Moïse permettent à celui qui emprunte d'engager sa personne : s'il ne paye pas, il sera réduit en servitude, et ses travaux indemniseront son créancier.

Les Grecs si jaloux de leur liberté emprisonnaient aussi les débiteurs. Miltiade ne fut-il pas condamné par l'Aréopage à payer cinquante talents, et le vainqueur de Marathon ne mourut-il pas dans les fers pour n'avoir pu trouver cette somme ?

Les lois des Douze Tables font reculer d'horreur : « La dette avouée, l'affaire jugée, trente jours de délai. S'il ne paye, le créancier l'emmènera, l'attachera avec des courroies ou avec des chaînes qui pèseront quinze livres, moins si le créancier ne veut. Tenez-le dans les liens soixante jours ; puis que les créanciers coupent le débiteur en plusieurs parts, *in partes secanto*, ou s'ils veulent, ils peuvent le vendre à l'étranger, au delà du Tibre ; *in partes secanto* désigne la personne et non les biens, puisque l'esclavage, la vente à l'étranger, est présenté comme un adoucissement (1). »

Aujourd'hui le principe est renversé. L'homme n'est plus confondu avec son patrimoine, et ce sont les biens seuls qui répondent de la dette. Aussi ai-je peut-être tort de rappeler ces cruautés de l'ancien droit ; on pourrait reprocher à la contrainte par corps d'être fille de ces dispositions barbares. Heureusement, l'emprisonnement pour dettes, tel qu'il existe aujourd'hui, grâce au christianisme, est un état en quelque sorte nouveau, n'ayant avec l'ancienne servitude pour dette qu'un rapport éloigné, un simple rapport de nom, si bien qu'il ne me paraît pas rigoureusement exact de rattacher la contrainte par corps à

(1) Michelet, *Origines du Droit*, p. 393.

'esclavage auquel l'antiquité soumettait le débiteur. L'emprisonnement pour dettes n'a lieu aujourd'hui qu'exceptionnellement ; dans l'antiquité, au contraire, une dette quelconque, et si minime qu'elle fût, engageait toujours le corps du débiteur, qui n'entrait en prison qu'entouré du cortége de maux que la servitude traînait à sa suite.

En général, la société dit aujourd'hui au créancier : « Vous avez prêté ; on ne vous rend pas ; tant pis pour vous, il fallait vous assurer de la solvabilité de votre débiteur. » En effet, comme dit Montesquieu, la loi doit faire plus de cas de la liberté d'un citoyen que de l'aisance d'un autre. Quelquefois cependant le fait du débiteur qui ne paye pas ses dettes atteint plus directement la société ; elle se montre alors plus sévère, et pour obtenir un payement nécessaire au crédit commercial ou à la satisfaction de la morale publique, elle permet de soumettre le débiteur à une épreuve de solvabilité. La liberté d'un citoyen n'est donc aujourd'hui sacrifiée qu'en présence d'un intérêt grave : il faut que le débiteur civil ait trompé son créancier par des déclarations mensongères ou des réticences coupables qui, sans tomber sous le coup du Code pénal, n'en font pas moins à la morale des blessures profondes ; il faut que la créance ait trait au commerce, source de la grandeur et de la prospérité des empires; ou bien qu'il s'agisse de faire exécuter une condamnation criminelle, et assurer par là même le respect dû aux ordres de la justice.

Tels sont les cas exceptionnels où l'on donne aux

créances la garantie de la contrainte par corps. Ajoutons que tout arbitraire devient impossible en présence des formalités minutieuses dont la loi prévient et entoure l'arrestation; que les consignations dont le créancier doit faire l'avance rendent peu probables des incarcérations faites sous l'empire de la haine dans le but unique d'infliger une vexation au débiteur; que la loi a fait une large part aux sentiments généreux en supposant vite l'insolvabilité, en ne prolongeant pas outre mesure l'épreuve, en tenant compte des égards dus au sexe, au jeune âge ou à la vieillesse. Enfin, le débiteur malheureux et de bonne foi n'échappe-t-il pas à la contrainte par corps par la cession de biens ou le dépôt de son bilan suivant qu'il n'est pas ou qu'il est négociant.

C'est donc la mauvaise foi surtout que la contrainte par corps combat, et dans cette lutte contre un ennemi commun, il semble que tous devraient la soutenir. Ses défenseurs sont, il est vrai, nombreux, mais elle compte aussi d'ardents adversaires. On lui reproche d'être contraire à la religion, de prendre à l'homme sa liberté qu'il tient de Dieu, et qui est inaliénable comme tout ce qui nous vient d'en haut; on dit aussi que c'est une cruauté inutile, condamnée par la morale, repoussée par la conscience et qui n'est plus en rapport avec les mœurs du temps.

Ces reproches sont exagérés. Ceux qui les adressent à la contrainte par corps écoutent trop la voix du cœur et pas assez celle de la raison qui doit pourtant guider presque seule le législateur ou le juge. La religion n'a jamais condamné spécialement l'em-

prisonnement pour dettes; qu'au nom de l'Évangile on prêche la douceur ou la mansuétude aux créanciers, je le conçois; mais dire que tels versets (1) de saint Luc et de saint Matthieu, que la sixième invocation de l'oraison dominicale condamnent la contrainte par corps, c'est donner aux textes sacrés un sens qu'ils n'ont pas. On pourrait aussi bien nier en leur nom la justice répressive.

L'homme, il est vrai, ne peut pas renoncer volontairement à la liberté; mais la contrainte par corps ne viole pas ce principe. Notre loi qui ne reconnaît pas le louage de services à vie, détruit également le contrat par lequel un homme accepterait d'avance des chaînes. L'inaliénabilité de la liberté est donc assurée par la prohibition de placer les contrats civils sous la garantie de la contrainte par corps. La loi seule est juge des raisons graves qui permettent d'en venir à l'incarcération.

Le moyen âge reconnaissait, au contraire, les abdications volontaires de liberté. Il en reste un dernier vestige dans l'art. 2060, 5°, qui permet aux cautions des contraignables par corps de se soumettre à la contrainte. Espérons que cette tache disparaîtra bientôt de notre Code.

On dit aussi, quelquefois, que la contrainte par corps *punit* dans un but d'*utilité privée*. Il y a là deux inexactitudes. D'abord, la contrainte par corps n'est pas une peine, ou bien ce n'est qu'une peine volontaire puisqu'on peut s'y soustraire et que le

(1) Chapitre XI, verset 4. Chap. XVIII, verset 31 à 35.

créancier peut en suspendre le cours. Ensuite, la société n'est-elle pas intéressée tout entière aux questions de morale ou de crédit, et peut-on dire qu'elle outre-passe ses droits quand elle prête main-forte au créancier qui poursuit un débiteur peu digne d'intérêt, comme dans le cas de stellionat, d'abus de confiance, de détournement de cheptel.

En matière commerciale, il est vrai, la contrainte par corps est de droit commun ; nous montrerons dans un chapitre spécial quelles raisons décisives ont toujours fait soumettre à cette rigueur les engagements commerciaux ; depuis longtemps on a compris que c'était un frein puissant contre la mauvaise foi. Aujourd'hui le télégraphe, les chemins de fer, l'immense développement qu'a pris la fortune mobilière ont rendu plus facile que jamais la prompte disparition de grandes ressources ; eh bien, est-ce en face d'un danger plus grand que jamais qu'il faut désarmer la société ? à moins qu'on ne dise que la bonne foi, la loyauté président sans partage à toutes les conventions, et qu'il est désormais impossible de suspecter la déclaration du débiteur qui s'affirme insolvable. Nous pensons pourtant que cette déclaration doit être plus que jamais soumise à l'épreuve de l'emprisonnement, maintenant surtout qu'il y a peu de déshonneur à oublier ses dettes. On entend même assez souvent des personnes se vanter d'avoir fait faillite cinq ou six fois, d'avoir fait faillite toutes seules, de n'avoir donné que cinq pour cent à leurs créanciers.

Aussi le gage le plus sûr que l'on puisse offrir,

c'est sa liberté. Les capitaux sont naturellement timides ; ils veulent des garanties; ils ne seront confiés souvent à des personnes laborieuses, intelligentes, actives qu'autant qu'elles engageront leurs personnes. La contrainte par corps est en effet pour le prêteur une grande garantie; elle est donc une source puissante de crédit pour celui qui veut emprunter. Pourquoi dès lors faire tarir cette source?

Du reste les faits sont là pour confirmer ce que nous disons. L'expérience n'a-t-elle pas été faite deux fois en 1793 et plus récemment en 1848? Qui ne sait qu'à cette dernière époque encore si récente, l'abolition de la contrainte par corps jeta dans les places commerciales une perturbation profonde. Paris surtout fut inondé de valeurs fictives, et les doléances des négociants firent bientôt rapporter le décret d'abolition.

Pourquoi renouveler l'expérience qui produirait des effets également désastreux? Les temps sont-ils donc, depuis vingt ans, si changés, les mœurs publiques tellement améliorées, qu'il n'y ait plus à craindre le retour de pareils maux? Il est permis d'en douter, surtout quand on voit le commerce grand et petit, à Paris comme dans les départements, demander d'une voix unanime, le maintien de la contrainte par corps. Les enquêtes sont là pour témoigner des vœux du commerce.

En matière pénale, la nécessité de la contrainte par corps est universellement admise. Souvent, en effet, c'est le seul moyen d'atteindre des coupables, contre lesquels sont prononcées seulement des amendes,

des peines pécuniaires; supprimer ici la contrainte par corps, ce serait affaiblir beaucoup la justice répressive, puisqu'on puiserait dans sa pauvreté le droit de commettre impunément certaines infractions. Du reste la contrainte par corps est moins odieuse ici à ses adversaires, parce qu'elle n'est pas exercée à la requête d'un autre homme qui ne cherche peut-être qu'à satisfaire sa haine et sa vengeance. Elle est au contraire demandée par une administration sévère mais agissant au moins sans passion. Quoi qu'il en soit, cette concession faite par les adversaires de la contrainte par corps est pour nous d'une grande importance. Elle nous dispense en quelque sorte de prouver la légitimité du principe que nous défendons. Si la contrainte par corps est illégitime en matières civile et commerciale, elle ne saurait être légitime en matière criminelle; ce sont des distinctions que la justice absolue ne peut comporter. Ce n'est donc pas une suppression partielle qu'il faut réclamer, au nom des principes de justice ou d'humanité, mais une suppression radicale qui détruise les derniers vestiges : consacrer une exception, c'est reconnaître le principe.

On a fait aussi des peintures colorées de tous les maux qu'entraîne la contrainte par corps : « Elle endurcit ceux qui l'exercent ; le débiteur perd son travail, vieillit avant l'âge, se démoralise en prison ; par elle la famille est divisée ; le père devient pour les enfants un objet de mépris, pendant que l'épouse s'éloigne peu à peu. En un mot, ses conséquences sont désastreuses au point de vue moral. » Il y a dans ces

paroles beaucoup de déclamation, car il n'est jamais plus facile qu'ici de remuer profondément les cœurs en faisant un éloquent appel aux sentiments de pitié et de clémence. Nous ne prétendons pas nier que tous ces maux soient tous et toujours purement imaginaires. Mais les lois les meilleures n'ont-elles pas quelquefois des conséquences fâcheuses dans leurs dernières applications, et la contrainte par corps ne doit-elle pas être imparfaite comme tout ce que l'homme établit ici-bas? Seulement n'oublions pas que, pour juger une œuvre, il faut dominer l'ensemble en s'élevant au-dessus des questions de détail.

Eh bien, si l'on met dans la balance le prétendu mal que fait à la famille la contrainte par corps et les avantages qu'en retire la société, on voit le bien l'emporter de beaucoup. Mais on a le tort ici de n'examiner souvent qu'un seul côté de la question : on voit un homme détenu pour dettes, un homme détenu dans un interêt en apparence privé, on voit une famille privée de son chef, et on crie à l'injustice, à la cruauté, à l'immoralité! Mais le créancier n'est-il pas aussi époux et père? Pourquoi dès lors trouver étrange qu'il se résigne difficilement à perdre cette fortune qu'il a péniblement gagnée, qu'on est venu lui demander, et qui doit être après lui le gage de la dignité de sa veuve, « ou le levier puissant ouvrant à l'enfant l'entrée d'une carrière où il pourra servir et honorer son pays (1). »

Les statistiques prouvent du reste qu'il y a beau-

(1) Jules Favre, *Discours du Bâtonnat.*

coup de condamnations, mais que peu sont poussées jusqu'à l'emprisonnement ; qu'en tout cas, la durée de l'incarcération est en général fort courte; mais, comme disaient au ministre du commerce des négociants consultés par lui : « Ce qui nous permet de ne pas nous servir de la contrainte par corps, c'est qu'elle existe. »

Tout en appelant de nos vœux le jour où la société pourra se passer de cette voie rigoureuse, nous croyons que la contrainte par corps doit être encore l'épouvantail de la mauvaise foi ; on pourra l'abolir comme en 1848, mais le retour des mêmes maux fera revenir à elle : elle est pour le moment du nombre de ces institutions nécessaires dont Tocqueville a pu dire qu'elles disparaissent momentanément, mais reviennent bientôt, comme ces fleuves qui s'enfoncent dans la terre et reparaissent ensuite, faisant voir les mêmes eaux à de nouveaux rivages.

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXÉCUTION SUR LA PERSONNE ET SUR LES BIENS SOUS LE RÉGIME DES ACTIONS DE LA LOI.

Comme toutes les législations à leur enfance, le droit romain primitif confond le patrimoine avec la personne. C'est donc au corps du débiteur qu'on s'adressera directement pour obtenir son jugement. Le débiteur sera livré à son créancier qui pourra le mettre à mort ou le vendre au delà du Tibre. Dans certains cas cependant, peut-être pour éviter les lenteurs de l'*addictio*, on procédait au contraire par une prise de gage. Nous allons débuter par l'étude de la *pignoris capio*, quoiqu'elle ne soit employée qu'exceptionnellement; nous pourrons par là suivre ensuite sans interruption les développements, les modifications successives que reçoit la procédure habituelle.

Dans certains cas spécialement déterminés, le créancier non payé pouvait s'attaquer directement aux

biens de son débiteur. Cette prise de possession s'effectuait par l'action *per pignoris capionem.* Mais une différence essentielle existait entre ce mode d'agir et les autres actions de la loi, c'est que ni l'intervention du magistrat, ni la présence du débiteur n'étaient nécessaires. On pouvait aussi recourir à cette action un jour néfaste, puisqu'il n'était pas nécessaire de se rendre *in jure.*

Ces dérogations aux principes généraux avaient fait naître la question de savoir si la *pignoris capio* devait être réellement classée parmi les actions de la loi. Après avoir exposé les raisons de douter, Gaius nous dit que l'affirmative avait prévalu, parce qu'en effectuant sa prise de possession, le créancier prononçait des paroles sacramentelles, *certis verbis pignus capiebatur* (3).

L'usage ou une loi (2) fixèrent les circonstances dans lesquelles le créancier pouvait recourir à cette action dont la procédure était simple et rapide. Dans les cas cités par Gaius, la créance se rattache au droit public ou au droit religieux (3).

Dans un but d'intérêt public il fut admis que les soldats pourraient recourir à la *pignoris capio* contre le *tribunus ærarius* chargé de leur distribuer leur solde. Toutefois, ce moyen commode ne pouvait être employé que contre le tribun du trésor, et le soldat poursuivant sa paye contre un particulier désigné pour la lui fournir devait recourir aux voies ordi-

(1) Gaius, Comm. IV, § 29.
(2) Gaius, Comm. IV, § 26.
(3) Gaius, Comm. IV, §§ 27 et 28.

naires. C'est la conséquence forcée du passage suivant d'Aulu-Gelle : *Pignoris capio ob æs militare quod a tribuno ærario miles accipere debebat* (1).

La *pignoris capio* garantissait encore au cavalier romain le payement de l'*æs equestre*, somme destinée à l'achat d'un cheval, et celui de l'*æs hordearium*, prix du fourrage pour le nourrir. Toutefois ces deux sommes ne se percevaient peut-être pas de la même façon que l'*æs militare*. Comme la cavalerie romaine ne recevait pas ses chevaux de l'État, les veuves, les femmes non mariées, les orphelins encore en bas âge, incapables du service militaire, durent contribuer pécuniairement à l'entretien de l'armée et fournir soit un cheval, soit du fourrage, selon leur fortune. Le cavalier romain se trouvait donc en rapport directement avec le contribuable et non pas avec un payeur de l'armée. Cette différence cependant n'est pas universellement admise.

Toujours dans un but d'intérêt public les publicains pouvaient employer la *pignoris capio* dans la levée des impôts. Ici c'est une loi spéciale qui permettait l'emploi de cette action. Le nom de cette loi est incomplet dans Gaius, qui ne donne que la fin du mot .....*oria*, mais on croit reconnaître ici la loi *Censoria*, mentionnée dans un passage de Cicéron (2) et dans un texte attribué à Paul (3).

Enfin la loi des Douze Tables, favorable aux sacrifices religieux, attribuait positivement la *pignoris capio* à

(1) Aulu-Gelle, VII, 10.
(2) *Ad Quintum fratrem*, I. 1.
(3) Fragment *De Jure fisci*, § 15.

celui qui avait vendu une victime et n'était pas payé ou qui réclamait le prix de louage d'une bête de somme lorsque le louage avait été fait spécialement par lui pour en employer le prix en sacrifices (1).

Nous venons de voir que l'usage de la *pignoris capio* n'était qu'exceptionnel. Arrivons maintenant au droit commun. Dans les procès d'obligation, bien que la sentence porte encore directement sur la chose demandée, le demandeur qui triomphe est reconnu seulement créancier et non propriétaire. Quelles seront donc ses voies d'exécution contre le débiteur qui n'accomplira pas son obligation? Le vieux droit quiritaire lui donne action sur la personne même de son débiteur : cette mainmise sur une personne, cette appréhension corporelle est la *manus injectio*. Mais pour que cette action pût être exercée, il fallait que le débiteur fût *confessus in jure* ou *judicatus*, c'est-à-dire qu'il eût avoué sa dette ou qu'il y eût condamnation du magistrat et cependant refus d'exécution. Joignons à l'hypothèse précédente celle où le débiteur actionné *per condictionem* ne se présente pas dans le délai fixé pour recevoir un juge. Les lois *Silia* et *Calpurnia* le réputent *confessus* ou *judicatus* et permettent par conséquent d'exercer sur lui la *manus injectio*.

Le vieux droit romain nous présente d'autres mainmises sur une personne : *manus injectio* de la part d'un père sur l'enfant soumis à son pouvoir, d'un maître sur son esclave ou d'un plai-

(1) Gaius, Comm. IV, § 28.

deur qui conduit *etiam obtorto collo* devant le magistrat son adversaire qui refuse de s'y rendre. Mais rappelons-nous que tout cela ne se passe pas *in jure*, tandis que l'action de la loi *per manus injectionem* s'accomplit devant le magistrat.

Entrons maintenant dans les détails de cette action. Nous supposons qu'il y a sentence du magistrat ou bien encore aveu de la dette. Le créancier va-t-il sur-le-champ saisir son débiteur? Non, la loi suspend pendant trente jours les poursuites du créancier. Ce délai, que la loi des Douze Tables nomme : *Dies justi*, constitue une sorte de trêve, d'armistice légal. Pendant ces jours de grâce, le débiteur cherchera les moyens de s'acquitter, il réunira ses dernières ressources ou implorera la pitié de ses parents, de ses amis. L'expiration de ce délai va rendre cours aux poursuites du créancier qui n'aura pas été payé : le débiteur peut alors être conduit devant le magistrat pour qu'on exerce sur lui la *manus injectio*. Le créancier saisit le débiteur par quelque partie du corps et lui dit : *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es, sestertium decem millia quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millium judicati manus injicio* (1); cette mainmise solennelle va produire de terribles effets : le débiteur cesse d'être traité comme un homme libre. Dans la Rome ancienne, la liberté ne pouvait plus appartenir à l'homme sur qui *manus injecta est*, car dans le symbolisme grossier du droit romain, celui-là est

(1) Gaius, Comm. IV, § 21.

vraiment maître d'une chose qui peut la serrer dans sa main : c'est pour cela que *manus* veut dire puissance.

Le débiteur a donc dès ce moment perdu sa qualité d'homme libre : il devient la chose, objet du procès et il ne peut repousser cette main qui s'appesantit sur lui : *nec licebat judicato manum sibi depellere*, dit Gaius. S'il veut se défendre, s'il a quelque contestation à élever, il ne peut plus le faire par lui-même, il devra amener un VINDEX, un répondant solvable qui prenne sa cause en main. On ne sait pas au juste quel était le rôle de ce *vindex*. Peut-être s'obligeait-il seulement comme caution du débiteur ; mais il est plus probable qu'il prenait complétement le fait et cause du débiteur qui se trouvait ainsi entièrement libéré.

Au contraire, si personne ne prend fait et cause pour le débiteur, le magistrat prononce une déclaration solennelle qui l'attribue au demandeur, et celui-ci peut l'emmener comme prisonnier dans sa maison. A partir de ce moment le débiteur devient *addictus*. Cependant la loi retarde encore les dernières rigueurs de l'*addictio* et laisse au captif quelques délais pour implorer la pitié de ses parents et de ses amis. Mais avant de nous occuper de cette nouvelle phase, voyons les changements causés dans son état par la déclaration du prêteur.

Avant d'être *addictus*, le débiteur condamné par sentence du juge était *adjudicatus*. Il est difficile de préciser quelle était cette puissance du créancier.

Elle existait sans doute plus en droit qu'en fait,

car dans cette période le débiteur jouissait encore de sa liberté. Toutefois sa personne était engagée au créancier, et celui qui l'aurait fait disparaître, eût été poursuivi par l'action *furti*. Le § 199 du Comm. III de Gaius nous dit en effet qu'on peut voler des personnes libres, et parmi les exemples qu'il donne il cite précisément le vol de l'*adjudicatus*. Mais tout change de face avec l'addiction. En ce dernier état, le débiteur est esclave de fait et traité comme tel non-seulement dans les rapports privés, mais encore dans ceux de la cité. C'est ainsi qu'au dire de Tite-Live l'*addictus* n'est pas admis dans les rangs de l'armée ; pour qu'il ait la gloire de combattre, il faut que le péril soit extrême.

Toutefois il n'est pas encore esclave de droit : il n'a pas essuyé de *diminution de tête*, il demeure propriétaire de ses biens, aucune atteinte n'est portée à son ingénuité, et si plus tard les chaînes tombent de ses mains, il ne reprendra pas l'odieuse dénomination d'affranchi mais bien celle d'ingénu : son front sera donc pur de cette tache indélébile que la servitude imprimait sur le front de l'esclave et que la liberté rendue était impuissante à effacer. Les circonstances en un mot l'ont mis *in servitute* mais il n'est pas *servus* ; aussi garde-t-il son nom, son prénom, sa tribu et le pouvoir de revenir à la liberté contre la volonté de son maître en payant la dette, autant de choses inconnues pour l'esclave.

Nous devons ici dire un mot du *nexus* que des auteurs ont confondu avec l'*addictus*.

Le *nexus* est celui qui en contractant dans la forme

du *nexum* a engagé sa propre personne pour sûreté de l'obligation. Tandis que l'*addictus* est soumis à une contrainte judiciaire, le *nexus* est au contraire soumis à une contrainte conventionnelle. Cet engagement de la personne donnait au créancier, à défaut de payement à l'échéance, le droit de s'emparer du débiteur et de le réduire à une sorte d'esclavage. L'adduction *in nexum* se faisait donc en vertu du contrat seul, sans intervention du magistrat.

Quelles en sont maintenant les conséquences ?

Des auteurs (1) enseignent que le *nexum* entraîne une véritable mancipation du débiteur, une *deminutio capitis* immédiate; que le débiteur conserve seulement la possession de son ancien état, qu'il est traité comme libre tant que le créancier n'a pas exercé son droit par suite du non-payement à l'échéance, mais que, si plus tard il se rachète en s'acquittant, il ne sera plus que *quasi-libertus*.

MM. de Savigny et Giraud (2) enseignent, au contraire, que le nexum n'entraîne pas vente de la personne. Le débiteur, selon ces auteurs, engage seulement son travail pour l'acquittement de sa dette. C'est ainsi que doit être interprété ce passage de Varron : « *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut ab ære oberatus.* »

On ne trouve pas, en effet, de textes qui permettent à un homme libre de se placer lui-même dans le mancipium d'un autre. C'est cette opinion que nous

(1) Zimmern, § 45. Bonjean, § 121.
(2) Dissertation sur les *Nexi*, p. 78.

adoptons. Le passage de Varron ne contient rien qui puisse faire conclure à un droit de puissance du créancier sur le débiteur; les mots *dominium*, *potestas* ne s'y rencontrent pas. On dit simplement du *nexus* que *dat operas;* le débiteur doit racheter la dette par son travail; le créancier peut le contraindre au travail, mais nous n'avons pas de textes qui permettent de vendre le *nexus* comme on vendrait un esclave. Seulement M. Giraud enseigne très-bien que les créanciers n'observèrent pas toujours les termes et l'esprit de la loi; que les nexi étaient rarement employés à des travaux, soit au champ, soit à la ville, et que le plus souvent ils étaient incarcérés et chargés de chaînes par leurs créanciers. De là, beaucoup d'erreurs sur la situation juridique des *nexi* qu'on trouve souvent en fait traités avec la même rigueur que les addicti.

Mais en droit, la situation politique du nexus demeure intacte.

Il conserve sa civitas (1). Il sert dans les légions. Il vote dans les comices. Les droits civils du débiteur sont également respectés.

Mais, comment expliquer dans ce système l'exécution, et sur la personne et sur les biens du débiteur cumulativement, exécution logique dans le premier système qui déclare le *nexus* atteint de *capitis deminutio*, et soumis au mancipium de son créancier? M. Giraud résout cette difficulté, en disant que le débiteur s'est en quelque sorte donné en gage, mais

(1) Tite-Live, l. II, § 23 à 28.

qu'il n'a pas engagé sa personnalité civile seulement, mais aussi sa personnalité juridique, et que l'engagement s'étendra jusqu'à ses enfants et jusqu'à ses biens. La loi Petilia, en abolissant plus tard l'engagement de la personne, ne laissera subsister du nexum que son effet sur les biens.

Étudions maintenant les conséquences de l'addiction : Esclave de fait, l'*Addictus* est remis entre les mains de son créancier qui l'emmène chez lui et le charge de chaînes. C'est une captivité pour dettes dans la maison du créancier. Chaque palais des patriciens, nous dit l'histoire, était devenu une prison particulière, et plus d'une fois les malheurs de ces *addicti* ont soulevé et agité la république. La cruauté des créanciers était devenue telle que le législateur dut intervenir, et la loi des Douze Tables (1) fixa le poids des chaînes qui ne devait pas excéder quinze livres. Il pouvait être moindre bien entendu. Le créancier pouvait même n'attacher l'addictus qu'avec des courroies : *Vincito, aut nervo, aut compedibus quindecim pondo ne majore, aut si volet, minore vincito.*

La loi des Douze Tables fixait aussi la nourriture du malheureux prisonnier, qui, semblable à l'esclave, ne pouvait exiger du maître qu'une livre de farine par jour. Du reste, il demeurait propriétaire de ses biens et pouvait se nourrir à ses frais si la ration ne lui suffisait pas.

Cette situation se continue pendant soixante jours, et tout espoir n'est pas encore perdu pour le captif.

(1) Table III, § 3.

D'abord, il peut transiger avec son créancier. Aulu-Gelle nous le dit : « *Erat autem interea jus paciscendi* (1). » De plus, il doit par trois jours de marché consécutif, de neuvaine en neuvaine, être conduit devant le magistrat dans le *comitium*, avec proclamation de la somme pour laquelle il est *addictus*, afin que ses parents, ses amis avertis du sort qui le menace, fassent leurs derniers efforts pour payer sa dette. Au bout de soixante jours, si sa voix n'a point trouvé d'écho, toutes les épreuves sont à leur terme et le dénoûment approche. Il subit définitivement une grande *capitis deminutio* qui termine sa vie de citoyen et d'homme libre, mais qui éteint aussi tous les droits de son créancier. Il est ensuite vendu comme esclave au delà du Tibre, si, toutefois, le créancier ne préfère le mettre à mort : « Tertiis autem nundinis, capite pœnas dabant aut trans Tiberim peregre venumibant (2). » Mais cette alternative était nécessaire : ou la mort ou la vente à l'étranger au delà du Tibre, car si l'*addictus* avait été vendu dans le Latium, il aurait pu, en cas d'affranchissement, faire usage du droit de *municeps*. M. Troplong (préface de la *Contrainte par corps*, p. 86) ajoute qu'il eût été impolitique de jeter dans les rangs serviles de Rome des hommes animés d'un esprit de ressentiment. « Leurs projets de vengeance eussent trouvé trop d'appui dans la plèbe. »

Les soixante jours expirés sans payement, sans transaction, c'en est fait, le débiteur est mis à mort.

(1) *Nuits attiques*, XX, 1.
(2) Aulu-Gelle, XX, 1.

Si même il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur en morceaux et se partagent ses restes sanglants. Peu importe que les parts du cadavre soient égales ou non; on ne suppose pas que la fraude ait présidé à ce partage. Aulu-Gelle, de peur de n'être pas cru sur parole, cite les propres termes de la loi en ce qui touche cette dernière disposition : « *Tertiis nundinis partes secanto; si plus minusve secuerint, sine fraude esto.* » Cette barbarie fait reculer d'horreur, mais ce qui l'explique, c'est la religion romaine pour la parole donnée, c'est la croyance sincère qui met au rang des plus grands crimes le trouble apporté dans les rapports de confiance sur lesquels repose le crédit.

Des savants consommés ont cependant refusé de croire à cette barbarie, et se sont mis à la torture pour prouver que la loi des Douze Tables était innocente de cette atrocité. Ces doutes les honorent à certains égards, mais le texte est trop clair et trop positif. Ce ne sont pas seulement les mots qui sont d'une justesse désespérante pour l'équivoque, c'est encore l'enchaînement des idées : nous voyons progressivement l'adjudication, les tortures dans la prison, enfin, la mort et le partage du cadavre. Aulu-Gelle, du reste, dit en parlant des débiteurs : « *Capite pœnas dabant.* » Impossible d'échapper à la précision de ces termes. Bynkersheck s'y soustrait cependant et dit : « Les intérêts seront payés avec le capital. » Dans plus d'un texte, en effet, *caput* désigne le capital comme *pœnæ* les intérêts. Mais Aulu-Gelle ne parle pas ici par métaphore, et puis, cette addiction, ces fers, ces

tortures, ces prisons n'aboutiraient qu'au payement des intérêts !

Une autre explication factice est celle d'Heraldus. D'après lui, *caput* doit s'entendre de la perte de la liberté. *Caput* désignera la personne juridique du débiteur. C'est sur elle que s'exécutera la sentence. Il perdra la liberté et subira une grande *capitis deminutio.* Un seul mot détruit ce système. Le texte dit : *Partes secanto.* Or, coupe-t-on la liberté par morceaux? Toute tentative pour donner de la loi une interprétation plus humaine est donc un contre-sens et pèche contre la vérité. Du reste, d'autres témoignages viennent confirmer les rigueurs de la loi rapportée par Aulu-Gelle. C'est d'abord Quintilien qui, cherchant un exemple des lois contraires à la nature, n'en trouve pas de meilleur à citer que le nôtre : « *Sunt enim quædam non laudabilia natura, sed jure concessa ; ut in duodecim tabulis corpus inter debitores dividi licuit.* » Puis il ajoute, à la gloire des Romains : « *Quam legem mos publicus repudiavit.* » Tertullien tient le même langage : « *Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant ; consensu tamen publico crudelitas postea erasa est.* » Ainsi, tout en attestant les progrès de la société païenne, Quintilien et Tertullien nous garantissent une fois de plus la vieille dureté romaine. Aulu-Gelle en dit autant; mais, de plus, il s'efforce de justifier cette disposition cruelle par l'excès même de la cruauté. Il voit dans ce texte un sujet d'effroi plutôt qu'une occasion de tortures, une protection due à la foi privée. Le crédit devait être grand, en effet, là où l'on n'empru

que sous de pareilles conditions; et, sous ce rapport, il défend la loi des Douze Tables qui n'avait établi des peines si sévères que pour n'y jamais recourir.

Il est cependant difficile d'admettre que cette loi soit toujours demeurée sans application. Les mœurs sauvages des premiers Romains, les croyances populaires que le christianisme n'avait pas encore épurées, ce culte de la bonne foi, qui leur fit livrer à l'ennemi plus d'un consul illustre, tout porte à croire que cette loi a eu sa triste réalité, et que plus d'un débiteur a payé de son sang ses malheurs ou sa déloyauté.

Du reste Niebuhr, dont nous reproduisons ici l'opinion, fait remarquer « que les tribuns auraient indubitablement interposé leur autorité contre un furieux qui se serait obstiné à refuser des conditions acceptables dans la seule vue d'éteindre, dans le sang du débiteur, la colère que lui inspirait la perte de son argent (1). »

Heureusement ces cruautés cessèrent bientôt : l'esclavage dans Rome vint remplacer la mise à mort des débiteurs ou leur vente au delà du Tibre. Dans les luttes fréquentes de la populace contre les patriciens, ni les tribuns, ni les consuls favorables à la multitude, ni cette foule d'obérés conduits du forum par troupeaux et retenus dans les cachots des riches, n'ont signalé à la haine publique autre chose que les tortures et les coups de fouet des patriciens.

De nouvelles lois étendirent ensuite l'usage de

(1) Niebuhr, *Histoire romaine* (trad. Golbery, t. 4, p. 392).

cette action bien au delà de sa destination primitive ; elles assimilèrent pour cela un grand nombre de cas à ceux de l'aveu d'une dette d'argent ou d'une condamnation judiciaire, et accordèrent dans ces cas la voie d'exécution *per manus injectionem*, comme s'il y avait eu sentence *pro judicato*. Seulement, comme il n'y avait pas jugement obtenu, cette mainmise s'opérait en modifiant un peu la formule. Au lieu de dire : *quod tu mihi judicatus sive damnatus es*, le créancier dénonçait la cause de l'obligation, et ajoutait : *ob eam rem pro judicato manum injicio* (1).

Cette *manus injectio pro judicato* a du reste les mêmes effets que la *manus injectio* ordinaire. Gaius nous cite en exemple deux lois qui l'accordent : la loi *Publilia* l'accorde au sponseur qui a payé pour le débiteur principal si celui-ci ne l'a pas remboursé dans les six mois ; enfin la loi *Furia, de sponsu*, applicable à l'Italie seulement, d'après laquelle l'obligation des *sponsores* et des *fide promissores* ne durait que deux ans et se divisait de plein droit, dans cet intervalle, entre tous les *sponsores* ou *fide promissores* qui existaient au moment de l'exigibilité, de sorte qu'ils ne pouvaient être actionnés que chacun pour sa part virile. Le créancier qui ne se serait pas conformé aux ordres de cette loi aurait été soumis à la *manus injectio* pour la restitution.

D'autres lois accordèrent aussi, dans quelques autres cas, l'action de la loi *per manus injectionem*, avec des effets moins rigoureux. Le débiteur sur qui la

(1) Gaius, Comm. IV, § 22.

mainmise avait lieu pouvait la repousser et se défendre lui-même dans cette action de la loi : « manum sibi depellere et pro se lege agere licebat. » Dans la formule de cette *manus injectio*, le créancier, après avoir énoncé la cause, disait simplement : « ob eam rem ego tibi manum injicio, » sans ajouter *pro judicato*. Aussi donnait-on à cette mainmise la qualification de *pura*. Gaius nous cite comme exemple les lois *Furia testamentaria* et *Marcia*, dont la date est inconnue. La première de ces lois accorde la *manus injectio pura* contre celui qui a reçu à titre de legs ou de donation à cause de mort, plus de mille as, à moins qu'il ne se trouve dans un de ces cas d'exception prévus par la loi ; la seconde, contre les usuriers, pour les forcer à rendre les intérêts illégalement perçus (1).

En somme, on voit que la *manus injectio* se présentait sous trois aspects divers : « Manus injectio judicati, manus injectio pro judicato, manus injectio pura. » Les deux premières produisent les mêmes effets ; la troisième est moins rigoureuse : le débiteur pourra repousser la main jetée sur lui, et se défendre sans l'intervention d'un *vindex* : « Manum sibi depellere et pro se lege agere licebat, » dit Gaius. Enfin une loi postérieure, dont le nom est resté illisible dans le manuscrit de Gaius, étendit l'adoucissement de la *manus injectio pura* à tous les cas où cettte action de la loi est donnée *pro judicato*, sauf à un seul, celui de la loi Publilia en faveur du sponseur qui a payé

(1) Gaius, Comm. IV, § 23.

pour le débiteur principal. L'obligation de donner un *vindex* subsista donc pour ce cas ainsi que pour l'exécution des condamnations judiciaires : « Æris confessi rebusque judicatis (1). »

On ne peut que faire des conjectures sur le nom de la loi qui introduisit cet établissement. M. de Savigny propose de dire la loi Aquilia. Mais M. Ortolan fait observer que cette loi se place par conjecture en l'an 468 de Rome, et se trouverait alors antérieure à la plupart des lois dont nous avons parlé, la loi *Furia, de sponsu*, par exemple, étant de l'an 659. — Or, Gaius nous dit : « Postea, lege.... permissum est, etc. » Il faut donc renoncer à connaître sûrement le nom de cette loi.

Pourquoi maintenant cette extension donnée à la *manus injectio* losqu'une sentence du juge conduisait au même résultat ? C'était un moyen de simplifier la procédure dans des cas où l'on voulait favoriser le créancier ou faire peser une défaveur sur le débiteur. En effet, le droit pouvait être douteux, et le doute pouvait subsister même après jugement ; mais en tout cas, il n'y avait pas lieu à une nouvelle action, et le magistrat qui était saisi de la *manus injectio* terminait le débat. Le bénéfice était donc réel alors même que la question était litigieuse et introductive d'instance.

Du reste le temps devait encore adoucir ces rigueurs du droit primitif, et la liberté des débiteurs fut de moins en moins sacrifiée. Le *nexum*

(1) Douze Tables, III, 1.

cependant ne fut complétement proscrit qu'en 429 par la loi Petilia ou Pætilia. Nous trouvons dans Tite-Live un texte important sur cette loi (1). L'auteur latin s'exprime ainsi : « Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. Mutatum autem jus ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem... victum, eo die, ob impotentem injuriam unius, ingens vinculum fidei ; jussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur ; pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur. »

Depuis cette loi, un homme libre ne pouvait s'engager à fournir au créancier des *operæ serviles* ; faute de payement de la dette à l'échéance, le créancier n'aura de droits que sur les biens du débiteur. Ceux qui, au moment de la promulgation de la loi, étaient déjà détenus comme nexi, seront affranchis des *operæ serviles* pourvu qu'ils fassent exactement connaître tous les biens qui leur appartiennent et qui doivent servir de gage aux créanciers. La loi Pœtilia décidait formellement que personne ne pourrait, *in compedibus aut in nervo teneri*, sauf le condamné à mort *qui noxam meruisset, donec pœnam lueret;* en attendant le jour du supplice il pouvait être enchaîné. Cette loi ne s'occupait donc pas uniquement du *nexus*, mais, comme le prouve la disposition générale qui nous oc-

(1) Livre VIII, n° 28.

cupe, elle avait étendu sa sollicitude sur l'*addictus* dont elle avait beaucoup adouci le sort. Il sera désormais défendu au créancier de charger de chaînes l'*addictus*. Mais l'addiction n'en subsistait pas moins ainsi que l'emprisonnement du débiteur. Un reste de l'addiction devait même survivre à l'action *per manus injectionem* qui périt avec les autres actions, soit sous le coup de la loi Æbutia, soit sous celui des deux lois Juliæ.

Mais avant d'étudier ces changements, voyons s'il existait alors, en dehors de la *pignoris capio*, un système d'exécution sur les biens du débiteur.

Sous le régime des actions de la loi, l'exécution sur les biens, à supposer qu'elle existât, ne pouvait pas former une théorie bien complète, car il n'en reste que peu de traces. Gaius est muet sur cette question.

Sans doute le nexum avait pour conséquence d'engager le patrimoine avec le débiteur et les fils de famille avec le patrimoine. Mais à défaut de conventions, la sentence du magistrat pourra-t-elle atteindre directement les biens? Et d'abord, l'addiction ne devait pas avoir pour conséquence d'attribuer au créancier les biens du débiteur; en effet, nous avons vu précédemment que la loi des Douze Tables permet au débiteur *addictus* de se nourrir à ses frais; il conserve donc son patrimoine. M. Giraud croit cependant que les magistrats durent frapper les biens, parce que, dit-il, ils avaient un pouvoir suffisant. Il cite le magistrat convoquant le sénat, qui frappe d'une amende, avec prise de gage, les sénateurs qui ne se

rendent pas à la convocation (1). Ce droit des magistrats d'atteindre les biens est incontestable, puisque c'est en vertu de ce droit qu'ils devaient arriver à faire prévaloir le système nouveau que nous allons examiner ; mais maintenant usèrent-ils de ce droit au profit des particuliers ?

M. Giraud cite un autre texte qui touche d'assez près à la matière et qui semble assez concluant. C'est celui de l'édit par lequel Servilius défend les poursuites sur les biens des plébéiens qui le suivront à la guerre. (Tite-Live, l. II, 24 ; Denys, VI, 29.)

Il est difficile d'aboutir sur ce point à des certitudes. Nous devons reconnaître cependant que le système d'exécution sur les biens, à supposer qu'il existât, devait être peu développé, car nous n'avons sur ce point aucun texte qui le réglemente, tandis que l'exécution sur la personne est le sujet de beaucoup de lois que nous possédons. La question du reste n'offre qu'un médiocre intérêt, car il est probable que les citoyens devaient se hâter d'abandonner leurs biens pour se soustraire aux rigueurs de l'addiction. Quand les tortures corporelles furent interdites, le droit des créanciers tomba sur les biens directement ; il fallut alors réglementer cette nouvelle manière d'agir.

(1) Aulu-Gelle, XIV, 7.

CHAPITRE II

DES VOIES D'EXÉCUTION DES JUGEMENTS DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE ET DE LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

Anciennement le créancier avait donc pour gage la personne et non le patrimoine de son débiteur. C'était un état de choses vicieux ; aussi le préteur, cédant à l'impulsion du vœu commun, introduisit des réformes d'une nécessité énergiquement constatée : on trouva le remède dans la *proscriptio bonorum* (vente des biens par affiches).

Au lieu de diriger la *manus injectio* contre la personne, on la dirigea sur l'universalité des biens du débiteur. Pour nous servir des paroles de M. Ortolan, la personnalité juridique, c'est-à-dire l'ensemble de tous les droits actifs ou passifs qu'avait le débiteur, a pris la personnalité physique. On applique à l'une ce qui, dans l'action de la loi, s'applique à l'autre.

Gaius (1) nous dit que le préteur *Publius Rutilius* fut l'auteur de cette réforme. Mais, suivant l'habitude romaine, il s'efforça de concilier le respect dû à l'an-

(1) Comm. IV, § 35.

cienne loi avec la satisfaction des désirs nouveaux. Les délais de l'ancienne loi furent conservés. Autant que possible, on en respecta même les formes, seulement les créanciers ne demandèrent plus au préteur le corps de leur débiteur pour le revendre *trans Tiberim*, mais bien la possession de son patrimoine.

Le préteur put trouver l'idée première de cette réforme dans la *sectio bonorum*. C'était une vente de biens *per universitatem* que le droit civil lui-même avait admise depuis longtemps contre celui qui, sur une accusation publique criminelle, avait été condamné à une peine entraînant attribution de ses biens au Trésor public. (*Publicatio.*) Le Trésor était mis, par le préteur, en possession des biens du condamné, et la revente était faite *sub hasta*, c'est-à-dire sous le symbole quiritaire de la propriété civile. Ceux qui se portaient acquéreurs étaient sans doute des successeurs *per universitatem* et selon le droit civil lui-même (1); mais comme ils achetaient dans l'espoir d'un bénéfice et pour revendre en détail, on les appela *sectores*. De cette pratique, combinée avec la *manus injectio*, le préteur Rutilius fit sortir la *bonorum proscriptio*. Ce n'étaient pas des biens isolément, c'était l'universalité du patrimoine que l'acquéreur recueillait. Le débiteur était donc réputé mort, puisqu'il était dépouillé de sa personne juridique. Il subissait une *capitis diminutio* qui était infamante et qui détruisait son *existimatio*.

(1) Aussi Varron place la *sectio bonorum*, au nombre des moyens d'acquérir le *dominium ex jure Quiritium*.

Notre époque, cependant, conserve encore quelques traces de l'addiction; mais la forme est autre, et ses effets sont bien moins rigoureux. Le créancier, après le délai légal, obtenait du préteur un *duci jubere*, c'est-à-dire un ordre qui l'autorisait à emmener son débiteur et à le détenir chez soi, travaillant à son service jusqu'à l'acquittement de sa dette, sans qu'il perdît pour cela son ingénuité, sans qu'il devînt esclave, pas plus de fait que de droit. Un grand pas était donc fait dans la voie du progrès, mais les prisons privées furent toujours un grand mal dans l'antiquité.

Vers la fin de la république, une loi Julia, de César ou d'Auguste, introduisit encore le bénéfice de la cession de biens. Le débiteur devait abandonner tous ses biens à ses créanciers, mais il évitait par là la contrainte corporelle et l'infamie attachée à la *proscriptio* ou à l'*emptio bonorum*.

Toutefois remarquons que, n'étant pas déchu d'état, il n'est pas libéré de ses dettes, et si plus tard il acquiert de nouveaux biens, il ne sera pas à l'abri des poursuites du créancier qui n'aurait reçu qu'un dividende : sauf cependant le bénéfice de ne pouvoir être condamné que *quantum facere potest*.

Nous devons encore noter un sénatus-consulte qui existait déjà du temps de Gaius. Il apporta à l'exécution par *emptio bonorum* une exception privilégiée qui devint plus tard le droit commun. Lorsque le débiteur était une *clara persona*, par exemple, un sénateur ou son *uxor*, les biens, au lieu d'être vendus en

masse par le procédé de l'*emptio bonorum*, ce qui emportait diminution de tête, infamie et succession universelle, devaient l'être simplement en détail, par le ministère d'un curateur aux biens.

Enfin, pour le cas où le débiteur était récalcitrant plutôt qu'insolvable, et lorsque la créance était trop minime pour qu'une vente en masse fût nécessaire, prêteur dut inventer un troisième moyen d'agir sur les biens du débiteur. Il consiste dans la prise en gage d'un objet particulier, non plus au profit de la masse des créanciers, mais dans l'intérêt d'un seul. Ce *pignus prætorium* avait quelque analogie avec l'action de la loi *per pignoris capionem*, mais il réalisait un progrès, car ce n'était plus la partie elle-même qui s'emparait d'un bien du débiteur pour s'en faire un gage, mais bien le magistrat, qui, pour assurer l'exécution d'une sentence, faisait lui-même une saisie de gage.

Par ces différentes voies, le créancier ne peut jamais obtenir qu'une somme d'argent. Nous aurons donc à rechercher si, dans les actions réelles, le demandeur ne peut jamais arriver à être mis en possession de son droit, même sous le régime formulaire où toute condamnation porte sur une somme d'argent. Enfin, avant d'en venir à l'exécution, il faudra, en toute condamnation pécuniaire, attendre l'expiration d'un délai légal accordé au débiteur dans l'espérance d'une exécution volontaire.

Nous venons d'énumérer les différents moyens d'exécution que nous examinerons. A ce point de vue, il importe peu de distinguer la procédure formulaire et

la procédure extraordinaire. La disparition du *judex* est en effet insignifiante, là où l'intervention du magistrat est seule nécessaire; et c'est ce qui arrive, lorsque l'existence de la sentence et la validité ne sont pas contestées. Mais, au contraire, si une contestation s'élevait à cet égard, il y aurait lieu de procéder par l'action *judicati* et les deux époques devraient alors être distinguées. Sous le règne des formules, la contestation du jugement donne lieu à un nouveau procès : le prêteur délivre alors une formule prescrivant au juge d'examiner s'il y a eu jugement ou jugement valable, suivant que l'on conteste son existence ou la validité. Mais, pour que de tels procès ne soient pas infinis, on prononce la peine du double contre le défendeur qui aura nié à tort l'existence de la sentence, de plus, le défendeur ne pouvait plaider qu'en donnant la caution *judicatum solvi;* cette obligation avait remplacé celle de donner un *vindex*, comme sous le règne des actions de la loi.

Sous Justinien, plus de distinction entre l'*in jus* et le *judicium;* mais une condamnation au double punit toujours la dénégation d'une sentence, et la caution *judicatum solvi* est toujours exigée du défendeur.

En terminant, prévenons une confusion possible : l'action *judicati* a pour but de faire prononcer sur l'existence d'une sentence contestée; mais souvent nous rencontrons dans les textes les mots *judicati agere;* ils désignent alors la poursuite de l'exécution et non pas l'exercice de l'action *judicati.*

Nous pouvons maintenant aborder les détails des voies d'exécution. Nous diviserons notre étude en

six sections consacrées : aux délais accordés aux débiteurs pour s'exécuter, à la contrainte corporelle, à la *bonorum proscriptio*, à la *bonorum distractio*, au *pignus prætorium in causa judicati*, enfin à la cession de biens.

SECTION Ire.

DES DÉLAIS ACCORDÉS AU DÉBITEUR POUR S'EXÉCUTER

La loi 7 au Digeste, *de re judicata*, nous dit qu'il y avait un certain délai pendant lequel la personne et les biens du débiteur étaient à l'abri de toute poursuite : *Intra constitutos dies quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum per legem constitutum est.* Gaius, se servant ici du mot *judicati agere*, entend parler de l'exécution du jugement et non de l'action *judicati*.

Quoique le texte ne parle que du *judicatus*, il est admis que le *confessus in jure* jouit du même délai, car il n'y a point de motif pour rejeter le principe général : *confessus in jure pro judicato habetur.*

La loi 29 du même titre nous montre aussi ce délai transmissible aux héritiers et aux successeurs universels, parce qu'il constitue une faveur faite moins à la personne qu'à la dette : *quia causæ magis quam personæ beneficium præstituitur.*

Mais, avant Justinien, le fidéjusseur ne jouissait

pas de ce délai. Actionné par le créancier, il devait immédiatement le désintéresser ; il est vrai qu'il pouvait aussitôt recourir contre le débiteur sur qui retombait en définitive le poids de cette dure exception. Justinien a fait disparaître cette anomalie par sa constitution 3 au Code, *de usuris judicatæ*. A l'avenir le fidéjusseur jouira du même délai que le débiteur principal : *hujusmodi acerbitatem resecantes, sancimus quadrimestres inducias, quas dedimus condemnatis, etiam ad fidejussores eorum ne legi fiat derogatum.*

Ce texte nous révèle un autre changement opéré par Justinien.

Le délai primitivement de deux mois avait été doublé. Ce délai légal, ces *dies justi*, pour nous servir des expressions de la loi des Douze Tables, sont accordés au débiteur pour qu'il se mette en mesure d'exécuter la condamnation. Même en matière de droits réels ce délai sera nécessaire, car sous le régime formulaire toute condamnation était pécuniaire. Seulement dans les actions arbitraires le juge, avant la sentence, ordonnait au débiteur par un *jussus* d'opérer la restitution. Si un délai était nécessaire, il était alors fixé par le juge. Il est possible que dans le principe le *jussus* du juge n'ait été obligatoire que d'une manière indirecte, par la seule crainte de la condamnation. Mais ensuite il put être exercé de force, même contre le gré du défendeur, *manu militari*, par le ministère des agents de la force publique dont le magistrat disposait.

Toutefois cette exécution forcée du *jussus préalable*

n'était pas possible dans toutes les actions arbitraires indistinctement. L'obéissance au *jussus* restait alors facultative pour le défendeur, sauf la condamnation qui l'attendait pour n'avoir pas obéi, et c'était seulement après la sentence prononcée, sur la non-exécution du *jussus* que s'ouvrait le délai légal.

Mais la nécessité d'une condamnation pécuniaire disparut avec les formules. La sentence du juge put atteindre directement la chose litigieuse.

Nos délais cessèrent donc d'être applicables en matière réelle. Ne peut-on pas en effet restituer immédiatement un corps certain dont on est possesseur?

Ce délai légal n'était pas rigoureusement invariable. Le magistrat pouvait l'étendre ou l'abréger par suite de l'importance de l'affaire, ou de l'absence de l'une des parties, soit même par déférence pour les plaideurs. Nous trouvons ces détails dans une loi d'Ulpien (1) : *Qui pro tribunali cognoscit non semper tempus judicati servat, sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat pro causæ qualitate, vel personarum obsequio, vel contumacia, sed perraro intra statutum tempus sententiæ exsequuntur, veluti si alimenta constituantur vel minori viginti quinque annis subveniatur.*

Dans les circonstances où notre loi suppose cette abréviation de délai, le magistrat statue *extra ordinem.* Aurait-il le même pouvoir en face d'une sentence du juge? Cela n'est pas probable si la sentence est muette sur ce point, mais nous disons non, sans

(1) Loi 2, *de re judicata*, Digeste.

hésiter, si le juge a fixé un délai. Le magistrat ne peut alors l'étendre ou l'abréger, car le préteur ne peut revenir sur la sentence qu'il a rendue lui-même; c'est ce que disent expressément la loi 14, *de re judicata : Quod jussit voluitve prætor contrario imperio tollere et repetere licet : de sententiis contrà ;* et la loi 42 : *Paulus respondit rescindere quidem sententiam suam præcedentem prætorem non posse.*

Quels sont maintenant les pouvoirs du juge sur le délai légal ? Peut-il l'augmenter? Sans aucun doute. Un texte d'Ulpien nous l'apprend : *Sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione judex amplexus est* (1). Mais les avis se partagent sur le point de savoir si le droit de raccourcir le délai, qui, nous l'avons vu, a un caractère d'exception, appartient au juge comme au magistrat. Mais la discussion nous paraît insoutenable en présence de la loi 4 qui dit : *Si quidem minorem diem judex statuerit tempore legitimo, repleatur ex lege quod sententiæ judicis deest.*

Une augmentation de délais pouvait aussi résulter d'un rescrit impérial, mais une caution devait être donnée au créancier.

SECTION II.

DE LA CONTRAINTE CORPORELLE.

Nous savons que le préteur avait considérablement adouci les rigueurs du droit primitif en ce qui con-

(1) Loi 4, § 5, *de re judicata.*

cerne les voies d'exécution. Le droit prétorien cependant n'arriva pas jusqu'à défendre l'emprisonnement du débiteur. La perte de la liberté continua à être la punition de l'insolvabilité : à Rome, la pauvreté fut quelquefois regardée comme un crime. Le créancier put donc toujours emmener son débiteur pour qu'il travaillât à l'acquittement de sa dette. Il est vrai, son ingénuité demeurait entière ; il n'était esclave ni de fait, ni de droit. Mais que de cruautés devait commettre un créancier tout-puissant ! Point de contrôle, point de surveillance. Le créancier pouvait pousser jusqu'à la plus cruelle exagération son droit au travail et son droit de correction ; son humanité était la seule sauvegarde, la seule garantie du débiteur. Aussi les empereurs cherchèrent-ils à supprimer les prisons privées. Nous avons un texte d'Alexandre Sévère qui nous dit, en parlant des effets de la cession de biens : « Rei judicati detrahantur in carcerem » (loi 1, Code, *qui bonis cedere possunt*). Or le mot *carcer* employé seul désigne généralement une prison publique.

Nous lisons en effet dans la loi 224, au titre *de verborum significatione : Vinculorum appellatione vel privata vel publica vincula significant : custodiæ vero, tantum publicam custodiam.* Nous devons encore noter dans ce sens une constitution insérée au Code ; c'est la loi 12 (*de obligationibus et actionibus*) : *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur.* Ce texte paraît bien s'appliquer à notre question. Cependant quelques auteurs ont cru que *liberos* désignait les enfants du débiteur, et

que dès lors c'étaient les enfants et non le débiteur principal que le texte voulait protéger. Cujas ne partage pas cet avis, et nous croyons son interprétation être la meilleure. Le texte porte en effet *liberos* seulement et non *liberos debitorum*. Et puis, même sous l'empire des actions de la loi, la déclaration d'addiction ne mettait pas les enfants du débiteur dans la dépendance du créancier, et du temps de Dioclétien (or ce texte est de cette époque), aurait-on compris l'asservissement du fils du débiteur? Nous croyons donc avec Cujas que cette constitution est dirigée contre l'établissement des prisons privées. Dès ce moment, la prison publique paraît avoir été le mode le plus fréquent de subir l'exécution corporelle. Saint Ambroise nous dit : « Erant pleni carceres negotiatoribus (1). » Aussi à cette époque, voyons-nous apparaître un nouvel ordre d'idées : la contrainte par corps prend un autre caractère. Elle n'est plus une cause directe de bénéfices pour le créancier, on n'impose plus au débiteur l'obligation de se racheter par son travail; c'est maintenant un moyen détourné que prend le créancier; il fait saisir son débiteur, espérant que le désir de recouvrer sa liberté perdue lui fera avouer des ressources qu'il cache ou déterminera des parents et des amis à acheter sa libération.

Les prisons privées n'avaient pas cependant complétement disparu. Du reste, tels étaient les préjugés du monde romain contre les débiteurs que, dans ces prisons publiques, placées sous l'œil de l'autorité, les

(1) Epistola 206, classe 1.

addicti, traités comme de vils malfaiteurs, étaient, sur l'ordre de juges impitoyables, tourmentés par les coups et les tortures. C'étaient, nous dit Constantin, *plumbatorum verbera, aut pondera, aliaque ab insolentia judicum reperta supplicia.* Aussi la prison était-elle toujours représentée chez les anciens comme un lieu de supplice et d'effroi.

Constantin voulut affranchir de la prison publique les débiteurs du fisc et convertir leur emprisonnement en une *custodia militaris*. Cette réforme fut faite par la loi 2, au Code *de exactoribus tributorum.* » Pothier croit que cette loi était générale. D'après Cujas (1), elle n'était relative qu'aux débiteurs du fisc. La place occupée par cette disposition donne à l'opinion de Cujas assez de vraisemblance. Elle devient même certaine en présence des derniers termes de la loi : *Qua facultate præbita omnes fore credimus proniores ad solvenda ea quæ ad nostri usum exercitus pro communi salute poscuntur.* Mais le cœur de Constantin était trop grand pour son époque. Gratien et Valentinien rétablirent la prison publique. On dit même que Valentinien Ier restaura la peine de mort contre le débiteur insolvable.

Dans l'empire d'Orient, l'usage des prisons privées était encore plus général. Zénon fut obligé de les proscrire, et pour rendre sa défense plus efficace, il déclara coupable de lèse-majesté quiconque aurait une prison soit dans sa maison de ville, soit dans ses domaines ruraux (2).

(1) V. Cujas sur ce texte.
(2) Loi 1, Code, *de privatis carceribus.*

Mais cette constitution eut encore besoin d'être rappelée par Justinien qui confia aux évêques et aux présidents le soin de la faire exécuter. Justinien, au surplus, alla beaucoup plus loin dans cette voie de clémence pour les débiteurs : trouvant que le bénéfice de cession, quoique non légalement infamant, était en quelque sorte iujurieux pour le débiteur, il lui permit de se libérer en forçant le créancier à recevoir des immeubles en payement (1). C'était violer les principes les plus élémentaires du droit, mais Justinien tenait moins à passer pour juste que pour clément. Enfin, lorsque les coups de la fortune plutôt que la négligence avaient produit la ruine, le débiteur put se libérer en jurant à ses créanciers qu'il était sans ressources. Justinien voulait par là que le débiteur insolvable pût échapper à la fois et au supplice de la prison et à l'ignominie de la cession de biens (2).

Nous devons aussi noter la novelle 134, par laquelle Justinien affranchit les femmes de la contrainte par corps : « Nullam enim mulierem pro pecunia fiscali, sive privata causa, aut pro criminali quolibet modo, aut in carcerem mitti concedimus, aut a viris custodiri. Ut non per hujusmodi occasiones inveniantur circa castitatem injuriatæ. »

(1) Novel. 4. Cap. III, *de solutionibus*.
(2) Novel. 135.

SECTION III.

DE LA BONORUM PROSCRIPTIO.

Nous savons qu'à un moment donné les actions de la loi avaient à Rome perdu tout leur crédit; la *manus injectio* surtout était devenue odieuse ; le préteur fut donc obligé de contenter les désirs nouveaux, tout en respectant les traditions; c'est pour cela qu'il combina la *manus injectio* et la *sectio bonorum*, qui, toutes deux, appartenaient au droit civil. Leur fusion produisit la *bonorum proscriptio* dont la nécessité était incontestable.

Nous ne connaissons pas au juste la date de cette réforme, car Gaius en attribue la gloire au préteur Publius Rutilius; or l'histoire mentionne deux préteurs de ce nom qui vécurent l'un à la fin du VIe siècle, l'autre au commencement du VIIe siècle de Rome. Nous savons seulement qu'elle existait du temps de Cicéron, car il en fait mention dans sa plaidoirie *pro Quintio*.

Nous aurons à examiner ce que cette institution nouvelle a retenu de l'ancienne action de la loi. Quant à la *sectio bonorum* dont nous avons déjà dit un mot, elle différait sur plusieurs points de la *bonorum proscriptio*; l'une est du droit civil, l'autre du droit prétorien. La première attribue donc la propriété *ex jure Quiritium* à l'acheteur des biens, tandis que la seconde donne seulement l'*in bonis* à l'*emptor bonorum*. Enfin il y avait lieu à la *sectio bonorum* lorsque la con-

fiscation avait été décrétée contre un citoyen (1), tandis que la *bonorum proscriptio* apparaissait au cas de faillite. Les créanciers saisissent les biens de leur débiteur, biens qui seront sans doute insuffisants pour tout payer: aussi l'acheteur des biens, en devenant débiteur des créanciers de l'exproprié, ne s'engageait qu'à leur payer un dividende. Pour obtenir ce payement, total ou partiel, les créanciers doivent donc poursuivre l'envoi en possession de ces biens.

§ Ier. *De l'envoi en possession accordé aux créanciers.*

Pour sauvegarder leurs droits, les créanciers commencent par se faire envoyer en possession des biens de leur débiteur. Cet envoi a lieu : *rei servandæ causa.* Effectivement les créanciers obtiennent par là ce qu'on appelle un *pignus prætorium*, du moins dès l'instant où en fait ils ont pris possession des biens. Le débiteur est dessaisi comme chez nous le commerçant déclaré en faillite, et les payements par lui faits pourront être révoqués sur la demande des créanciers. Un ou plusieurs curateurs, nommés par la majorité des créanciers et confirmés par le magistrat, administreront ces biens.

L'envoi en possession des biens *rei servandæ causa*,

(1) Ou lorsqu'une condamnation prononcée au profit du trésor n'était pas acquittée. Le préteur envoyait alors les questeurs en possession des biens qui étaient vendus par le ministère d'un crieur public.

a lieu dans un assez grand nombre de cas qui ne laissent pas que d'avoir une certaine analogie entre eux. Gaius les fait en réalité connaître, lorsqu'il indique dans quel cas a lieu la *venditio bonorum* (1), mais occupons-nous seulement du cas de condamnation pécuniaire ou de *confessio in jure*.

Avant d'arriver à la vente il fallait remplir certaines formalités en observant des délais déterminés. Les créanciers étaient mis en possession des biens pendant trente jours, et comme ce n'est qu'après un second délai de trente jours que la vente peut avoir lieu, nous retrouvons ici, conservé par le préteur, le délai de soixante jours qui suivait l'addiction sous l'empire de la loi des Douze Tables.

L'envoi en possession est accordé par les magistrats : *Jus dicentis officium latissimum est : nam bonorum possessionem dare potest...* nous dit la loi 1, *de jurisdictione*, Dig. Ainsi, lorsque l'exécution de la sentence était devenue possible, c'est aux magistrats qu'il fallait s'adresser. Sous la république le pouvoir d'exécution appartenait à Rome aux préteurs et probablement aussi aux édiles dans les limites de leur juridiction. En Italie la juridiction appartenait aux magistrats municipaux, c'est-à-dire aux *decemviri* ou *quatuorviri juri dicundo ;* il paraît cependant que leurs pouvoirs en cette matière étaient assez restreints.

Dans les provinces, l'organisation des *municipes* d'Italie se retrouve dans quelque ville. Ailleurs, la *ju*-

(1) Comm. III, § 78.

risdictio et l'*imperium* appartiennent aux gouverneurs.

Sous l'empire, à Rome, apparaissent des magistrats nouveaux : les préfets de la ville, dont la juridiction s'étend de plus en plus et qui, d'abord subordonnés aux préteurs, deviennent plus tard leurs supérieurs. Le droit d'exécuter devait certainement leur appartenir. Les consuls furent aussi investis d'une certaine juridiction.

L'Italie fut sous Adrien partagée entre quatre *consulares*, magistrats supérieurs, à qui appartenait la *jurisdictio*. A cette époque la juridiction municipale va donc en déclinant, et d'après le droit du Digeste les magistrats municipaux n'ont plus qu'un pouvoir d'exécution fort restreint : ils ont toujours la *pignoris capio*, le droit de saisie d'objets particuliers, mais la *missio in bona*, l'exécution sur l'ensemble du patrimoine leur est refusée. C'est ce qui résulte de la loi 29, § 7, *ad legem Aquiliam*, où il est question du magistrat municipal qui saisit un gage. Dans les provinces ce sont toujours les gouverneurs qui, sous le nom de *proconsules* ou *legati Cæsaris*, ont la juridiction et le pouvoir d'exécution.

C'était sans doute à l'audience et non sur simple requête que le préteur accordait l'envoi en possession, car il fallait examiner le droit des réclamants, soulever aussi les objections qui pourraient donner lieu à l'action *judicati*. Ne serait-ce pas confirmé par la loi 71, *de regulis juris : Omnia quæcumque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt*.

La *bonorum venditio* présuppose un envoi en possession prononcé au profit d'une masse de créanciers. Elle suppose donc un débiteur insolvable ou présumé tel. Le créancier qui aurait simplement affaire à un débiteur de mauvaise foi, pourrait se faire payer en dehors de ces procédures extrêmes qui ressemblent tant à la faillite du droit français. Il devrait obtenir une condamnation contre le débiteur et par une sorte de saisie, il arriverait au payement.

Cet envoi en possession a donc lieu au profit de la masse. Demandé et obtenu par un seul, il pourra être invoqué par tous les autres, et il leur profitera : *Quum creditores rei servandæ causa mittuntur in possessionem, is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet.* (Ulpien, loi 5, § 2, *ut in possess. leg.*)

Lors donc qu'un créancier se sera fait mettre en possession, les autres n'auront rien à demander.

Le droit des créanciers est donc d'une nature toute particulière. Ils n'obtiennent pas même une possession pouvant conduire à l'usucapion. Ils acquièrent moins un droit qu'ils n'en ôtent un au débiteur. Celui-ci subit un dessaisissement.

Les poursuites faites par un créancier conservaient donc le droit des autres. Il fallait cependant favoriser les créanciers vigilants qui ne devaient pas souffrir des lenteurs des autres. Aussi Justinien décida que, si certains créanciers s'étaient fait envoyer en possession, d'autres créanciers du même débiteur ne pourraient participer au bénéfice de l'envoi qu'autant qu'ils se présenteraient dans les deux ans, s'ils de-

meuraient *in una eademque provincia in qua et possessores rerum commorantur*, et dans les quatre ans s'ils demeurent dans une autre province.

Nous rencontrons ici une question controversée. Il s'agit de savoir si le créancier à terme ou conditionnel peut profiter de l'envoi en possession que les autres ont demandé. La raison de douter vient de plusieurs textes qui ne s'accordent pas, et qu'il est difficile de concilier. Ulpien n'hésite pas. Il compare le débiteur à terme ou sous condition à celui qui n'est pas débiteur ou qui a le bénéfice d'une exception : *Si in diem vel sub conditione debitor latitet, ut quam dies vel conditio veniat, non possunt bona ejus venire* (1). *Quid enim interest debitor quis non sit an nondum conveniri possit?* Paul dit au contraire : *in possessionem mitti solet creditor etsi sub conditione pecunia ei permissa sit* (2). Mais au même titre, dans un autre texte, Paul paraît se contredire lui-même : *Creditor autem conditionnalis in possessionem non mittitur quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere* (3). Comment concilier ces textes? Plus de dix solutions ont été proposées. Nous indiquerons seulement celle de Cujas et de Doneau.

Cujas se tire facilement d'affaire (4), sa conciliation consiste à dire qu'à la vérité l'envoi en possession sera accordé au créancier à terme ou sous condition, mais que cet envoi accordé restera sans effet; il n'en

(1) Loi 7, § 14, *quibus ex causis in possessionem catur.*
(2) Loi 6, *princip.. cod. tit.*
(3) Loi 14, § 2.
(4) Sur la loi 14, au livre II, *de quest.*, de Paul.

ésultera pas de droit de gage, et la mise en possession effective pourra lui être refusée : *Si ergo initium spectes, mittitur ; si finem vel effectum, non mittitur.*

Cette explication est peu satisfaisante, car cette *missio sine effectu* est réellement bien singulière. Pothier adopte pourtant cette explication, mais Doneau s'en écarte. Il fait une distinction : s'il est seul, le créancier à terme ou conditionnel ne pourra obtenir l'envoi en possession ; mais, si d'autres sont envoyés en possession, il en profitera. Cette explication est sans doute un peu conjecturale comme toutes celles qui ont été proposées, mais elle consacre une distinction très-juste.

L'envoi en possession était accordé sur l'ensemble des biens du débiteur ; les esclaves y étaient compris. Mais l'usage avait introduit des exceptions en faveur de certaines affections qu'on avait cru devoir respecter : la concubine du débiteur et ses enfants naturels ne seront pas compris dans les biens possédés. Nous lisons dans la loi 38, *de rebus auct. jud.* : *Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales.*

Il en sera de même des statues élevées à la gloire du débiteur, si elles lui appartiennent (loi 29, Cod. tit.) : *Statuas in publico positas non ex emptoris bonis : sed aut publicas si ornandi municipii causa positæ sint ; et nullo modo eas distrahi posse.*

Cette sorte d'achat constituait une véritable succession universelle de la part de l'acheteur des biens, qui se trouvait mis à la place du débiteur pour son patrimoine, pour ses droits et pour ses obligations,

sauf la réduction de toutes les créances, dans la proportion que la loi de vente lui avait accordée. Mais cette vente tomba en désuétude. D'après une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, maintenue au Code de Justinien, nous voyons que les créanciers peuvent encore obtenir l'envoi en possession des biens du débiteur, et qu'après un certain délai ils peuvent être autorisés par le juge compétent à les faire vendre (1). Mais ici il ne s'agit plus que de la vente particulière des biens; chaque acheteur devient simplement propriétaire des biens qu'il achète, moyennant le prix qu'il en donne, et non pas successeur aux droits et aux obligations du débiteur.

Le caractère de généralité que nous présente l'envoi en possession poursuivi par les créanciers paraît aussi s'être perdu sous Justinien. La novelle 53, chap. IV, § 1, dit, du moins au cas d'un débiteur qui se cache, que le créancier devra être envoyé en possession en proportion de ce qui lui est dû.

Bien que le texte de la novelle parle du débiteur *qui latitat*, il semble qu'il y ait là un principe général. Sous Justinien, le cas de *latitatio* est celui qui donnait lieu le plus fréquemment à l'envoi en possession.

Nous avons vu que les créanciers n'avaient pas, à proprement parler, le droit de possession ; aussi ne pouvaient-ils pas usucaper. Ils n'avaient pas non plus les interdits possessoires, *quia non possident. Creditores missos in possessionem rei servandæ causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito quia*

(1) Confirmé par Gaius, Comm. III, §§77 à 81.

non possident. Idemque et in cæteris omnibus, qui custodiæ causa missi sunt in possessionem, dicendum est. Même règle au cas de cession de biens où le débiteur faisait volontairement abandon de son patrimoine à ses créanciers.

Il fallait bien cependant que le droit du créancier possesseur fût respecté ; à défaut de l'interdit : *uti possidetis*, on lui donne l'interdit qu'on désigne par ces mots : *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* Cet interdit occupe un titre du Digeste (1). Nous devons l'examiner dans ses détails.

Il n'est pas nécessaire, malgré le nom de l'interdit, qu'il y ait eu violence (loi 1, § 3) : *Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.*» Mais il faut qu'il y ait eu mauvaise foi de la part de l'adversaire. Il faut qu'il ait agi *dolo malo.* Si donc, en m'opposant à votre mise en possession ou à sa continuation, j'étais de bonne foi, me croyant propriétaire, je ne serai pas exposé à l'interdit (loi 1, § 4) : *Si quis ideo possessione arcuerit, quia rem sibi putat vel sibi nexam, vel certe non esse debitoris, consequens est ut hoc edic o non teneatur.*

Cet interdit n'est pas donné contre le fou ou le mineur qui n'est pas encore : *doli capax.*

Nous devons aussi remarquer les derniers mots de la formule : *quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit.* Nous voyons là une autre condition de l'interdit qui ne sera accordé qu'autant que le droit est certain. Bien qu'il y ait eu possession, si la créance

(1) Dig., lib. XLIII, tit IV.

n'existait pas, ou si l'on pouvait opposer une exception, il n'y aurait pas lieu à l'interdit : *Quia propter nullam causam in possessionem missus est* (§ 5.)

Cette action était pénale et ne passait pas l'année : « Hanc actionem intra annum *competere, et non postea, sciendum est, cum sit pœnalis.* » Ce caractère de pénalité devait aussi restreindre ses effets contre les héritiers; elle n'était donnée contre eux que *in id quod pervenit.* Ulpien nous dit que l'on peut toujours opter entre cet interdit et la mise en action de son droit d'envoi en possession même *per manum militarem.* On comprend alors que l'interdit n'offrirait que peu d'utilité contre le débiteur. Aussi les jurisconsultes supposent toujours l'intervention d'un tiers.

Mais l'action n'offre pas un caractère pénal du côté du créancier ou de ses héritiers qui ne peuvent agir que dans la mesure de leurs intérêts. Il suit de là qu'ils ne pourront cumuler cette action avec la poursuite du débiteur, à moins sans doute qu'ils n'aient pas obtenu par elle le montant de leur créance, ce qui arrivera lorsque la valeur des biens soustraits à leur poursuite y sera inférieure.

L'interdit est accordé alors même que la possession matérielle est impossible ou donnera lieu à des contestations, soit parce que le champ du débiteur est inondé, soit parce qu'il est occupé par des brigands. Comme exemple de détention matérielle impossible, nous pouvons citer la mise en possession du patrimoine du débiteur qui n'aurait que des droits incorporels. Cette mise en possession aurait au moins pour effet de donner au créancier le droit de vente, et elle sera ga-

rantie par l'interdit. (Loi 12, § 2; loi 13, *de reb. auct. jud.*)

Nous avons vu précédemment que cette attribution du patrimoine du débiteur était faite à la masse des créanciers. Pendant cette période, chacun d'eux a donc un droit égal, et si l'un d'eux se faisait payer avant le règlement des droits respectifs, il commettrait un dol. Au moyen de l'action Paulienne, ses cocréanciers pourraient le forcer à rapporter à la masse ce qu'il a reçu.

Ce patrimoine devient donc le gage de tous les créanciers. Ce sont eux qui à l'avenir l'administreront; toutefois les fruits ne leur appartiendront pas. (Loi 7, *pr. quibus ex causis in poss.*) Pour avoir une bonne administration, il faut aussi enlever à chaque créancier le droit de gérer séparément. On nomme donc un administrateur qui prend en main les intérêts communs. Ce curateur sera chargé de l'exercice des actions comprises dans le patrimoine et qui périraient si elles n'étaient exercées. C'est aussi lui qui répondra aux actions utiles intentées contre le débiteur dessaisi. C'est également à lui qu'on demandera la caution *judicatum solvi.* Gaius nous dit en effet que ce dessaisissement fait peser sur le débiteur une présomption d'insolvabilité et une certaine méfiance qui l'obligent à donner à son adversaire la caution *judicatum solvi*, lorsqu'il veut plaider comme défendeur (1).

Le payement des dettes dont le retard rendrait exi-

(1) Gaius, Comm. IV, § 102.

gible une clause pénale sera aussi l'objet des soins de ce curateur.

Le plus souvent, c'est à l'un des créanciers que sont attribuées ces fonctions de curateur; ce sera peut-être celui qui aura la plus grosse créance, mais rien n'est obligatoire, et un étranger pourrait très-bien être désigné : « nec omni modo creditorem esse oportet eum qui curator constituitur; sed possunt et non creditores. (Loi 2, § 4, *de curat. bon. dando.*)

Le *Magister* devra confirmer le choix de la majorité des créanciers; mais le curateur désigné n'est pas obligé d'accepter cette fonction. C'est une charge volontaire. Une nécessité absolue ou un ordre de l'Empereur rendent seuls son consentement superflu. (Loi 2, § 3, *de curat. bon. dando.*)

L'importance du patrimoine à gérer ainsi que d'autres causes peuvent rendre nécessaire la nomination de plusieurs curateurs. On peut alors diviser l'administration et par suite la responsabilité : ainsi chaque curateur peut se charger des biens situés dans une seule province. (Loi 2, § 2, *eod. tit.*) Mais on pourrait aussi ne pas faire de parts respectives dans l'administration. On aurait alors contre chaque curateur action *in solidum*, même contre celui qui se serait abstenu de toute gestion. (Loi 2, § 5, *eod. tit.*)

Les créanciers peuvent d'ailleurs ne pas nommer de curateur, s'ils n'y voient pas d'inconvénients.

Lorsque le curateur a été nommé par la majorité et que l'approbation du magistrat a confirmé ce choix, il oblige par ses actes tous les créanciers en tant qu'il ne franchit pas les limites de son mandat. Comme

tout mandataire, il devra rendre compte : il sera soumis à l'action *mandati* de la part des créanciers présents à la nomination, et à l'action *negotiorum gestorum* de la part des autres.

Si le magistrat n'a pas confirmé la nomination, les créanciers qui l'auront nommé auront encore contre lui l'action *mandati*. Quant à ceux qui n'ont pas pris part à sa nomination, ils sont sans droit coutre le curateur : ils peuvent seulement recourir contre les créanciers électeurs soit par l'action *negotiorum gestorum*, soit par une action *in factum*, selon que leur existence était ou non connue : « quod si cum soli creditores se existimarent id mandaverint in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint. » Telle était l'administration, lorsque des curateurs étaient nommés. Les créanciers auraient pu d'ailleurs administrer eux-mêmes.

Si les biens ont été loués par les débiteurs, ou s'il a vendu les récoltes, ces actes seront respectés à moins qu'ils n'aient été faits *in fraudem creditorum*. Dans ce cas et aussi dans celui où le débiteur n'avait pourvu lui-même à la location, les créanciers envoyés en possession loueront les biens, ou, s'ils le préfèrent, vendront les récoltes. La durée du bail n'est pas fixée; il suffit qu'il n'y ait pas de dol (1).

Les créanciers doivent compte des fruits recueillis et de tout ce qu'ils ont perçu à l'occasion de leur gestion. Ils répondent des détériorations qu'ils ont causées aux biens sur lesquels portait l'envoi en posses-

(1) Loi 8, § 1 et 2, *de rebus auct. Jud...*

sion (1). Mais le dol, auquel nous devons assimiler la faute lourde, les rend seul responsables ainsi que le curateur.

D'un autre côté le créancier doit être remboursé des dépenses qu'il a faites de bonne foi, lors même qu'il n'en est résulté aucun profit (2).

Ces comptes seront réglés : entre les créanciers et le débiteur si celui-ci fait cesser l'envoi en possession; si la vente a lieu, entre les créanciers et le *magister* ou le *curator*, qui, selon les époques, a été chargé de la vente. Mais le débiteur n'a pas contre les créanciers l'action *negot. gest.*, puisque ceux-ci agissaient dans leur intérêt commun (3). C'est une action *in factum*, ou en cas de dol une action *de dolo.* L'action *in factum* est perpétuelle et passe contre les héritiers. L'action *de dolo est annale.* Après l'année ou contre les héritiers, elle ne se donne que jusqu'à concurrence du profit retiré.

Plusieurs commentateurs supposent que le curateur dont il est parlé au Digeste n'est autre que le *magister* dont parlent Gaius et Théophile, et dont le nom a été changé par les compilateurs des Pandectes. Nous croyons que de tout temps il y a eu à côté du *magister* chargé de vendre, un *curator* chargé d'administrer. Ce sont deux fonctions différentes. Il faut nécessairement un *magister* toutes les fois qu'il y aura vente de biens ; il faudra nommer un curateur seulement si l'envoi en possession doit se prolonger, s'il y

(1) Loi 9, § 8, *eod. tit*
(2) Loi 9, § 2, *eod.*
(3) Loi 9, § 4, *eod.*

a des actes d'administration à faire ; et précisément comme le rôle du curateur n'était relatif qu'à l'administration, on s'explique bien que Gaius et Théophile n'en aient pas parlé, parce qu'ils s'occupent de la *venditio* comme produisant une succession prétorienne et qu'ils n'avaient pas à donner des détails sur les actes d'administration. Le *magister* est représenté par eux comme seulement chargé de la vente. (Gaius, Com. III, § 79. Théophile, sur le titre *de success. sublatis.*)

Au contraire, c'est dès l'envoi en possession et selon que les circonstances l'exigent que peut être nommé le curateur (1). Il semble encore qu'il y a une légère différence dans le mode de nomination. Le *magister* est nommé par les créanciers après avoir obtenu l'autorisation du préteur. Quant à la désignation du curateur, au contraire, le *magister* confirmait le choix des créanciers : *Ut prætor adeatur, isque curatorem... constituat ex consensu majoris partis creditorum.*

§ II. *Vente des biens.*

Après avoir obtenu l'envoi en possession, avant d'en venir à la vente des biens, il fallait attendre un certain temps qui était de trente jours, quand il s'agissait des biens d'un débiteur vivant ; de quinze jours seulement, si l'envoi en possession avait lieu après la mort du débiteur. Ces deux délais réunis

(1) Loi 14, *pr. de reb., auct. Jud.*

nous rappellent les soixante jours qui précédaient, pour l'*addictus*, la mise à mort ou la vente au delà du Tibre. (Gaius, Comm. III, § 79. Théophile, *de success. sublatis.*)

Ces délais semblent du reste n'avoir pas été rigoureusement observés ; le Digeste n'en fait pas mention. Sous Justinien ils paraissent avoir été beaucoup plus longs, et le magistrat eut sans doute le pouvoir discrétionnaire de les proroger si les circonstances l'exigeaient.

Le délai expiré, les créanciers se réunissaient, puis se faisaient autoriser par le préteur à nommer un *magister* qui présidait à la vente des biens. Il fallait aussi apposer des affiches dans les lieux les plus fréquentés de la ville. La *proscriptio*, c'est-à-dire l'affiche annonçant la vente des biens, avait lieu d'après Gaius dès le début de l'envoi en possession ; d'après Théophile elle avait lieu seulement lors de la nomination du *magister*. La conciliation de ces deux opinions se trouve dans cette idée que probablement il n'y avait pas d'époque rigoureusement déterminée. Cette *proscriptio* avait pour objet d'avertir les créanciers non encore instruits, ainsi que les tiers qui pourraient se trouver dans le cas de traiter avec le débiteur dessaisi. Elle avait surtout pour but d'appeler les acheteurs, car c'est à eux qu'elle s'adressait : *Ille, debitor noster, in causam venumdationis incidit ; nos creditores patrimonium ejus distrahimus ; emptor qui volet, adesto.*

Selon M. Giraud (des *nexi*), le but de la *proscriptio* serait uniquement d'avertir les tiers du dessaisis-

sement qui frappait le débiteur. Cette *proscriptio* se rattacherait donc uniquement à l'envoi en possession. C'était là sans doute une utilité de l'affiche; mais la formule rapportée par Théophile prouve bien qu'elle avait trait aussi à la vente.

Occupons-nous maintenant de la nomination du *magister* qui coïncide avec la *proscriptio bonorum vendendorum*. Gaius et Théophile nous le représentent toujours comme choisi parmi les créanciers. Du reste plusieurs *magistri* pouvaient être nommés.

Le magistrat était chargé de la vente, et nous avons indiqué plus haut les raisons qui nous portent à croire qu'il ne s'occupait pas d'administration. Ses pouvoirs pouvaient être plus ou moins étendus d'après l'acte de nomination qui était en quelque sorte une charte qu'il devait respecter.

Après un délai que Théophile indique seulement par ces mots : *paucis diebus elapsis*, les créanciers s'adressaient pour la troisième fois au magistrat et obtenaient de lui de rédiger la *lex bonorum vendendorum*, sorte de cahier des charges, qui devait, d'après Théophile, s'ajouter à l'affiche. Elle contenait sans doute l'indication des biens, le montant des dettes, et spécialement le montant des dettes privilégiées. Il est présumable que les créanciers qui ne s'étaient pas encore présentés lors de la rédaction de cette *lex bonorum vendendorum*, étaient forclos. Autrement l'acheteur qui devait payer un certain dividende à chaque créancier, aurait été trompé. Toutefois le silence des textes laisse de l'incertitude sur ce point.

L'acheteur des biens ne s'engageait pas à payer une somme déterminée. Il offrait de payer aux créanciers un dividende, moyennant quoi les biens du débiteur lui étaient attribués. La *lex bonorum vendendorum* était une mise à prix, un minimum proposé aux acheteurs par les créanciers, et qu'ils espéraient voir dépasser par eux dans la chaleur des enchères. Nous trouvons dans Théophile un exemple de ces cahiers des charges : *Ea quicumque emerit, creditoribus in dimidiam partem* (ou plus ou moins) *eorum quæ ipsis debentur, respondere debet, licuit cui centum aurei debentur, accipiat quinquaginta, et cui ducenti, accipiat centum.*

C'est aux enchères publiques que cette vente avait lieu. Cependant le *magister* aurait peut-être pu traiter à l'amiable avec les acheteurs, car nous avons un texte de Théophile où il est dit : *de cætero, ille cum iis emere vellent contrahebat.* Puisque la vente avait lieu aux enchères, le patrimoine du débiteur était attribué au plus fort enchérisseur. Mais si deux personnes faisaient la même offre, l'une pouvait se trouver dans une position telle qu'il parût convenable de la préferer à l'autre; c'est ainsi que les créanciers étaient préférés à toute autre personne, et entre les créanciers, celui à qui il était dû la plus forte somme. Mais si parmi les acheteurs il n'y a point de créanciers, le parent du débiteur sera préféré à un étranger (1). L'idée de conservation des biens dans les fa-

(1) Loi 16, Dig., *de reb. auct. Jud.*

milles n'était donc pas complétement étrangère au droit romain.

La vente est maintenant achevée; étudions ses effets. Le *bonorum emptor* succède à la personne du débiteur; toutefois il n'y a pas succession selon le droit civil. Comme le *bonorum possessor* que Gaius met sur la même ligne, le *bonorum emptor* n'est qu'un successeur prétorien. Il est *hæredis loco*, il a seulement l'*in bonis* des biens du débiteur, et c'est par l'usucapion qu'il acquerra la propriété quiritaire.

Il succède donc aux obligations du débiteur. Le texte de Gaius (1), malgré ses lacunes, nous laisse comprendre que ce n'était pas en vertu de l'engagement qu'il prenait lui-même, mais en vertu du droit existant déjà contre le débiteur, que le *bonorum emptor* était soumis à la poursuite des créanciers. Une exception devait donc être nécessaire pour faire restreindre l'action des créanciers à la part que l'acheteur devait payer; c'était sans doute l'exception *pacti*.

Le *bonorum emptor* succédait aussi aux droits du débiteur. Deux actions lui étaient ouvertes pour faire valoir ses droits. Elles nous sont indiquées par Gaius (Comm. IV, § 35). Ce sont les actions Rutilienne et Servienne. La première a reçu le nom du préteur Rutilius, introducteur de la *bonorum venditio*. Le débiteur exproprié était désigné dans l'*intentio*, mais la *condemnatio* était rédigée au profit de l'acheteur des

(1) Gaius, Comm. III, § 81 : « Item quæ débita... ipse debuit, neque bonorum possessor, neque bonorum emptor ipso jure debent. »

biens, en sorte que, si un droit était reconnu exister au profit du premier, il était attribué au second.

Plus tard une autre action fut imaginée, sans doute par un préteur du nom de Servius, car elle porte le nom d'action Servienne. Le nom de l'acheteur figurait et dans l'*intentio*, et dans la *condemnatio*, mais on supposait que l'acheteur était héritier : *ficto hærede*. C'était la même formule qui était usitée pour le *bonorum possessor* ou héritier prétorien.

Le *bonorum emptor* avait encore le bénéfice d'un interdit nommé *possessorium*, semblable à l'interdit *sectorium* donné au *sector bonorum* et à l'interdit *quorum bonorum* donné au *bonorum possessor*. C'était par conséquent un interdit *adipiscendæ possessionis*, servant à obtenir une possession qu'on n'a jamais eue, et non à recouvrer celle qu'on aurait perdue. L'acheteur des biens pouvait donc par là se faire mettre en possession, tandis que les actions que nous venons de voir supposent le débat engagé sur le fond du droit.

Nous devons aussi dire un mot de la *deductio* que subissait l'*emptor bonorum*, lorsqu'il agissait contre un débiteur qui se trouvait en même temps créancier de celui dont les biens ont été vendus. Il s'opérait alors une compensation, mais elle devait être distinguée de la compensation applicable à l'*argentarius* qui devait faire lui-même le compte, et n'agir que pour l'excédant, sous peine de plus-pétition. Ici, au contraire, c'est seulement dans la *condemnatio* que se produira l'obligation de compenser. Enfin cette déduction n'exige pas que les dettes soient de même

nature, à l'inverse de ce qui se passe pour l'*argentarius*, qui ne peut compenser que *pecuniam cum pecunia, vinum cum vino ;* elle aurait même lieu à raison d'une créance à terme.

Tels étaient les effets de la *bonorum venditio* à l'égard de l'acheteur. Il faut maintenant les examiner à l'égard du débiteur.

La succession du débiteur se trouvait ouverte de son vivant, et tous ses droits passaient sur la tête de l'acheteur. Il ne pouvait donc plus intenter d'action à raison de droits nés antérieurement à la vente. Il est en effet *capite minutus*, mais de plus il encourt l'infamie. A raison même de cet effet infamant, le fait de celui qui, de mauvaise foi, faisait afficher les biens d'une personne dont il se prétendait à tort créancier, donnait lieu à une action d'injures. (Gaius, Comm. III, § 220.)

Pour éviter l'infamie qui s'attachait à leur nom, les Romains insolvables instituaient, en mourant, un esclave héritier nécessaire. Par là le maître évitait à sa propre mémoire la honte d'une *bonorum venditio* faite sous son nom, et en faisait retomber le déshonneur sur son héritier dont le nom figurait dans la vente (1), mais qui recevait en échange la liberté.

Les jurisconsultes romains étaient assurément bien peu logiques en attachant invariablement l'ignominie au fait même de la *venditio bonorum*

(1) Ce résultat avait paru si étrange et si inique, que Sabinus, ainsi que nous l'apprend Gaius, se refusait à l'admettre, mais son avis n'avait pas prévalu. Gaius, Com. II, § 154.

sans tenir compte des causes qui l'avaient amenée.

Ainsi, nous l'avons vu, le débiteur vivant a perdu tous les droits qu'il avait acquis antérieurement ; mais l'effet inverse était-il produit ? La *bonorum venditio* libérait-elle le débiteur de ses anciennes obligations? On invoque ici quelquefois la loi 25, *de rebus auct. jud. poss.* Mais nous croyons que c'est à tort. Cette loi refuse l'action à celui qui avait contracté avec le débiteur dont les biens ont été vendus depuis, en supposant qu'il y avait eu de la part de ce débiteur intention de frauder ses créanciers, et complicité de la part du créancier. Cette loi ne règle donc pas les relations avec le débiteur, elle s'occupe au contraire d'une action contre le *bonorum emptor*, et dans l'intérêt des autres créanciers, refuse ici l'action au créancier complice de la fraude.

Cette loi écartée, nous nous trouvons en présence de deux textes contradictoires. C'est d'abord une loi du Digeste qui ne paraît pas admettre qu'il puisse y avoir d'action *ex ante gesto* contre le débiteur qui a essuyé une *bonorum proscriptio*. (Loi 25, § 7, *quæ in fr. cred.*) (1). Puis Gaius, au contraire, en traitant du bénéfice de séparation accordé [illegible]clave, héritier nécessaire, termine son explication par ces mots : *Cum cæterorum hominum quorum bona venierint pro*

(1) (*... et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent...*) Ce texte semble bien dire que la *bonorum venditio* affranchissait le débiteur de ses anciennes obligations ; il ajoute cependant qu'on pourra recourir contre lui : « Si vere quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur et pretor non tantum emolumentum actionis intueri videbitur in eo, qui exutus est bonis, quam pœnam. »

portione, si quid postea adquirant, etiam sæpius eorum bona veniri soleant. (Comm. II, § 155.) Comment concilier ces textes ? M. Étienne, dans son commentaire des Institutes, trouve la conciliation dans cette idée que l'action *ex ante gesto* ne pourra pas sans doute être intentée contre le débiteur qui s'est vu dépouillé par une *bonorum venditio*, mais que l'exécution pourra se continuer sur les biens acquis depuis la vente. C'est là une explication un peu hasardée, car les créanciers qui ont obtenu un premier envoi en possession semblent avoir épuisé leur droit.

D'autres auteurs laissent de côté le texte du Digeste et conservent aux créanciers le droit d'agir éternellement. Le débiteur pourra seulement se défendre par une exception : *s'il n'a pas acquis de nouveaux biens.*

On peut enfin soutenir l'extinction des obligations antérieures du débiteur. Il suffit pour cela de se rappeler que le débiteur a subi une *capitis deminutio.* La personalité civile qu'il avait est donc modifiée; et ce changement opéré dans son état le délie de ses engagements antérieurs. C'est la conséquence forcée des principes élémentaires, principes qui sont appliqués dans notre texte du Digeste. Il est probable seulement que le magistrat intervenait pour corriger cette rigueur du droit civil ; on oubliait la *capitis deminutio* encourue par le débiteur, dans les cas surtout où il avait montré de la mauvaise foi à l'égard de ses créanciers. Nous pensons qu'il faut interpréter ainsi ces mots de Gaius : *Sæpius eorum bona veniri soleant.*

Au temps de Justinien la vente en masse que nous venons de décrire avait disparu depuis deux cents ans. Elle fut remplacée par la vente en détail : la *bonorum distractio.*

SECTION IV.

DE LA BONORUM DISTRACTIO.

Nous lisons aux Institutes : « Cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt (1). »

La simultanéité des deux changements n'est peut-être pas le fait d'un caprice du hasard, et la suppression des formules devait peut-être amener la suppression de la *venditio.* Théophile rattache en effet la disparition de la *bonorum venditio* à la cessation des *conventus.* Lorsque le magistrat ne dut pas simplement délivrer des formules, mais connaître du fond même des affaires, ses tournées devinrent impossibles; il dut toujours être à sa résidence pour écouter les plaideurs. Or, le magistrat devait intervenir à plusieurs reprises dans la *bonorum venditio,* mais comment les parties avaient-elles pu s'adresser à lui quand les *conventus* furent supprimées? On dut alors simplifier la procédure, en trouver une du moins qui ne nécessitât pas plusieurs fois la présence du magistrat : la *bonorum distractio* fut alors généralisée. Justinien s'exprime ainsi : *Et tantummodo datur officio judicis bona possidere et prout utile eis visum fuerit, ea distrahere.* Ces mots nous montrent une

(1) *Instit. pr. de success... subct.* (III, 12.)

vente en détail succédant à la vente en bloc. Mais ce système ne fut pas conçu par Justinien. Depuis longtemps il existait en faveur des *claræ personæ. Ut honestius ex bonis ejus quantum potest, creditoribus solveretur* (1). On voulait épargner à ces personnes illustres, aux sénateurs et à leurs femmes l'infamie qu'entraînait la vente des biens.

Les biens étaient vendus en détail par les soins d'un curateur. Nous devons aussi noter la loi 9 du même titre. C'est un sénatus consulte dont on ne connaît pas la date précise, mais qui n'est pas postérieur à Trajan, car il se trouve dans les œuvres du jurisconsulte Nératius qui vivait sous cet empereur. Ce texte nous dit que les créanciers pouvaient choisir entre la *venditio* et la *distractio*, mais que ce choix était définitif : *Sicut enim integra re potestas ipsorum est, utrum, velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent.* Cette option toutefois devait être impossible quand le débiteur était une *clara persona;* on était obligé d'employer la *distractio.*

Ici, point d'intervention du *magister.* On nommait seulement un ou plusieurs curateurs suivant l'importance et la situation des biens. Ce curateur était désigné par la majorité des créanciers (2). Il est probable que lorsque des curateurs avaient été nommés pour administrer les biens, c'est à eux que devait être

(1) Loi 5, *de curat. furios.*, l. XXVII, t. X.

(2) Loi 2, *princip. de curat. bon. dando :* « Hoc jure utimur, ut prætor adeatur, isque curatorem curatoresque constituat, ex consensu majoris partis creditorum. »

confié le soin de la vente. Il est probable qu'il n'y eut finalement qu'une seule classe de curateurs, lorsque le *magister* cessa d'être nommé, quand la *bonorum emptio* ne fut plus en vigueur. Les textes du Digeste ne distinguent plus du moins entre les curateurs nommés pour administrer et ceux nommés pour vendre. La loi 5 autorise cependant à croire que les créanciers pouvaient, *privato consilio*, nommer les curateurs sans que le magistrat intervînt.

On en était même venu à admettre la vente par les créanciers eux-mêmes : ceci résulte du *principium* de la loi 10, *de bon. auct. jud.* Cette même loi augmente beaucoup le délai qui s'écoule entre l'envoi en possession et la vente. Justinien établit un délai de deux ans et même de quatre ans en faveur des créanciers qui ne se sont pas fait envoyer en possession pour profiter du bénéfice de cet envoi, et même, à en croire le § 1, l'aliénation ne serait permise qu'après ce délai, à moins qu'on obtînt une dispense du magistrat.

La longueur exagérée de ces délais devait nuire beaucoup aux créanciers, mais n'oublions pas que la *missio in possessionem* n'était employée qu'au cas de défaut du défendeur. C'était à la *pignoris capio*, c'est-à-dire à la saisie d'objets particuliers qu'on avait recours pour l'exécution d'une sentence.

La vente pouvait avoir produit une somme supérieure aux créances connues. L'excédant sera déposé au trésor de l'Église. Des *tabularii* constateront ce dépôt sur l'attestation de celui qui a fait la vente. Cette somme est ainsi mise en réserve pendant quel-

que temps pour le cas où de nouveaux créanciers se présenteraient (1).

Le produit de la vente devait être déclaré devant le défenseur de la cité qui enregistrait cette déclaration en présence des notaires et du trésorier de l'Église quand il y avait un excédant de prix à déposer. Celui qui avait fait la vente devait jurer sur l'Évangile que le prix ne s'était pas élevé au-dessus de la somme déclarée, et que : *neque per gratiam emptoris vel ejus ad quem res jure cessionis transferantur, nec aliquo dolo interveniente minorem justo pretio rerum quantitatem acceperit, sed eam quam revera cum omni studio potuerit invenire* (2).

Lorsqu'on présumait qu'une aliénation partielle suffirait pour désintéresser les créanciers, la vente n'avait lieu, du moins dans les derniers temps, que jusqu'à due-concurrence.

Mais cette expropriation du débiteur ne l'affranchissait pas complétement. Il demeurait tenu de tout ce qu'il n'avait pas payé.

La *distractio bonorum* n'ouvrait pas la succession, et cependant le débiteur ne pouvait plus être poursuivi à raison d'une action *ex ante gesto :* cela tenait à ce que tous les droits avaient été compris dans l'envoi en possession, qui en attribuait l'exercice aux curateurs. (Loi 4, *de curat. bon. dando.*)

La *bonorum distractio* n'était donc pas, comme la *venditio*, une acquisition à titre universel; chaque

(1) Loi 10, § 1, *bon. auct. jud.*, Code, VIII, LXXII.
(2) Loi 10, *eod. tit.*

acheteur n'était qu'un acquéreur à titre particulier, débiteur simplement de son prix de vente. Une autre différence consiste en ce qu'il n'y avait point d'effet infamant. La réputation du débiteur ne demeurait pas cependant complétement pure, et c'est peut-être pour éviter cette légère atteinte à l'honneur que la cession de biens fut établie.

SECTION V.

DU PIGNUS PRÆTORIUM IN CAUSA JUDICATI.

Les deux procédures que nous venons d'examiner supposent une masse de créanciers qui viennent tous concourir sur le prix de vente. Mais en dehors de ces situations, qui ont tant de rapport avec notre faillite ou notre déconfiture, et qui nécessitent de longs délais, il peut arriver qu'un créancier ait affaire à un débiteur de mauvaise foi plutôt qu'insolvable. Un moyen facile lui est offert pour arriver au payement : s'il a obtenu condamnation contre le débiteur, il pourra saisir des objets particuliers. Depuis longtemps sans doute le préteur avait introduit ce droit, qui ne fut réglementé que par un rescrit d'Antonin le Pieux. Ce rescrit est relaté par Callistrate. (L. 31, *de re judicata.*)

Le créancier s'adressait au magistrat compétent et lui demandait la saisie d'objets suffisants pour assurer sa créance. Il y avait eu peut-être quelques difficultés relativement à la saisie des créances du débiteur. Mais la loi 4, au Code (*quando fiscus*), montre

bien que le fisc pouvait saisir les créances de ses débiteurs : *Non prius ad eos qui debitoribus fisci nostri sunt obligati actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit principales reos idoneos non esse, certissimi juris est.* Il faut ici faire intervenir un peu les principes du gage conventionnel, principes que le préteur avait dû combiner avec ceux de la *pignoris capio*, et, de là, nous pensons que la saisie des créances devait être précédée d'une notification au débiteur. La loi 4, au Code (*quæ res pignori*), l'exige en matière de gage conventionnel.

Le droit de gage commence avec la prise de possession de l'objet. C'est aussi la date de l'entrée en possession qui déterminera le rang entre plusieurs créanciers. La vente sera ensuite confiée aux agents du magistrat, mais un certain délai sera encore accordé au débiteur pour qu'il puisse se mettre en mesure de payer. Le rescrit d'Antonin dispose que la vente n'aura lieu que deux mois après la saisie. La vente se faisait sans doute aux enchères et le créancier devait pouvoir se porter enchérisseur.

L'objet pouvait aussi être attribué au créancier à titre de compensation. Faudra-t-il alors faire une estimation qui pourra laisser subsister entre les parties des rapports de créancier à débiteur? Je crois que la dette est complétement éteinte, car un pacte est intervenu entre le débiteur et le créancier qui a pris en payement l'objet saisi et s'est déclaré satisfait. Le créancier reconnaît par là que l'objet saisi équivaut à ce qui lui est dû. N'est-ce pas à ce qui résulte de la loi 15, § 3, *de re judicata : Addicantur autem*

pignora utique ea quantitate quæ debetur; nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus; rescriptum est non posse eum, quod amplius, sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videatur, qui contentus fuerit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, et superfluum petere.

SECTION VI.

DE LA CESSION DE BIENS.

Nous avons examiné les différentes phases par lesquelles a passé successivement le droit de poursuite, soit sur la personne, soit sur les biens. Nous devons maintenant revenir sur nos pas pour dire un mot de la cession de biens qui avait pris naissance sous le régime des actions de la loi et qui se maintint sous le système de la procédure formulaire.

L'origine de la cession de biens est l'objet de quelques doutes. Des auteurs la font venir d'une loi de César, la loi *Julia, de datione in solutum;* d'autres l'attribuent à une des lois *Juliæ judiciariæ* émanées d'Auguste.

Le débiteur qui faisait cession de biens évitait les rigueurs de l'exécution sur la personne; il évitait aussi l'infamie attachée à l'exécution sur les biens. La constitution 6, au Code, *qui bonis cedere possunt*, nous dit que dans le principe la cession de biens était accompagnée de certaines formalités qui ne nous sont pas indiquées. Théodose n'assujettit la cession

de biens qu'à une *professio voluntatis*, déclaration qui devait sans doute être faite devant le magistrat. Mais Justinien supprima cette dernière formalité : *Bonis cedi non tantum in jure sed etiam extra jus potest. Et sufficit per nuntium et per epistolam id declarari* (1).

La cession de biens évitait au débiteur la honte et les affronts; mais, si les biens cédés n'avaient pas désintéressé complétement les créanciers, le débiteur demeurait toujours tenu de la différence.

Les biens n'avaient été cédés que pour être vendus : les créanciers n'auraient donc pu les garder. Ils avaient cependant par suite de l'envoi en possession acquis un droit de gage, un *pignus prætorium*, et un interdit, mais ce droit n'était pas définitif.

Le débiteur aurait pu payer ses créanciers et reprendre ses biens. Il aurait pu les reprendre également, si c'était par erreur qu'il eût fait cession de biens, en raison d'une créance à laquelle il aurait pu opposer une exception perpétuelle : *Quem pœnitet bonis cessisse, potest, defendendo se, consequi ne bona ejus veneant.* (Loi 5, *de cessione bonorum.*)

Lorsqu'il n'y avait eu qu'un payement partiel, les créanciers pouvaient saisir les biens acquis postérieurement. Mais il fallait que le préteur le jugeât équitable. Les biens nouvellement acquis devaient être suffisants pour que *prætor moveri possit*, sans cela le débiteur aurait pu repousser la demande par l'exception *nisi bonis cesserit*. Lorsque de nouvelles poursuites pou-

(1) Loi 9, *de cessione bonorum.*

vaient avoir lieu, le débiteur avait un autre bénéfice, celui de n'être condamné que *in quod facere potest*. C'est là ce qu'on nomme le bénéfice de compétence.

On n'accordait le bénéfice de cession qu'à ceux auxquels on n'avait à reprocher ni délit, ni folle dissipation. Nous lisons en effet dans la loi 51, *princip.*, au titre *de re judicata : Si quis dolo fecerit ut bona ejus venirent, in solidum tenetur.* Puisque le débiteur ne jouit pas ici du bénéfice de compétence, il ne jouit donc pas de la cession de biens.

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

DE LA CONTRAINTE CORPORELLE DANS NOTRE ANCIEN DROIT.

Nous arrivons au moyen âge, mais nous allons malheureusement nous retrouver en face de la même barbarie. La société de cette époque était entourée de ténèbres trop épaisses pour qu'elle ne vît pas les intérêts matériels avant les intérêts moraux, et l'usage généralement répandu de réduire en esclavage l'ennemi vaincu, nous fait pressentir quel sera le sort du débiteur insolvable livré à un impitoyable créancier dont il devient la propriété.

La loi de Norwége présente une disposition qui dépasse encore le Code des décemvirs. Elle est citée par Grim et empruntée textuellement par lui à la partie de la coutume de Norwége qui traite des em-

prunts (1) : « Si un débiteur se montre à l'égard de son créancier de mauvaise volonté, et s'il ne veut pas travailler pour lui, le créancier peut le traîner en justice, et sommer ses amis de payer sa dette. S'ils ne veulent pas, alors celui qui a le débiteur chez lui a le pouvoir de couper sur son corps, haut ou bas, ce qu'il voudra. » Ainsi, on n'accusera pas les coutumes germaniques d'avoir copié la loi des Douze Tables, et toutes deux sont empreintes d'une égale barbarie. Toutes deux accordent au créancier le droit de mort, lorsqu'après des sommations faites aux amis du débiteur, personne n'est venu le délivrer.

Mais déjà moins cruelle était la loi salique. Elle ne maintenait le droit de mort que pour le créancier du wergeld. Sous l'empire de cette loi, toute condamnation aboutissait à une composition pécuniaire. La peine d'un crime était donc une somme d'argent qu'on devait payer à la victime ou à sa famille. C'est le payement de cette somme seulement que garantissait la peine de mort : « *Et si eum per compositionem aut fidem nullius suorum tulerit, hoc est, eum redimat, aut pro eo persolvit, tunc de vita componat* (2). » L'accord de ces législations barbares avec la loi des Douze Tables confirme bien cette pensée, que les peuples primitifs ont toujours nourri des pensées de vengeance contre le débiteur insolvable. Il nous montre aussi que les mots de la loi des Douze Tables

(1) Grim., *Antiq. du droit allemand*, livre IV.

(2) Loi salique, t. 61, *de chrenechruda* (texte publié par Herold).

(*in partes secanto*) ne sont pas une figure de langage et peuvent bien être pris au sérieux.

Mais remarquons que cette disposition de la loi salique ne concerne pas le débiteur pour prêt, et qu'elle n'est relative qu'au débiteur de *wergeld* ou composition.

Les coutumes des Francs donnent peu d'exemple du droit de mettre à mort le débiteur : nous trouvons plutôt l'esclavage consacré par les lois barbares.

La loi des Bavarois déclare même que nul ne doit perdre la vie que pour crime capital (1). Que si nous sortons du domaine de l'exécution forcée pour entrer dans celui du contrat, nous trouvons dans les lois barbares la faculté, pour l'homme qui ne peut acquitter sa dette, d'engager sa personne et de renoncer à sa liberté pour descendre dans les rangs infimes de l'esclavage (2).

Ces lois barbares nous montrent que la liberté pouvait être aliénée par une rente ; à plus forte raison, pouvait-elle être donnée en gage à un créancier comme sûreté du remboursement de l'argent prêté. Ce gage de la personne est fort célèbre à l'époque barbare sous le titre d'*obnoxiatio*. Marculfe nous en a transmis la formule (II, 25). On y voit que le débiteur pouvait engager ses enfants avec lui. « Tout le monde sait les graves nécessités qui m'ont accablé, et m'ont enlevé de quoi vivre et me vêtir. C'est pour-

(1) T. II, chap. I, § 3 et 4.

(2) Loi des Frisons, t. II, § 2. — Leges Henrici I regis Angliæ, c. 76.

quoi vous n'avez pas refusé, sur ma demande, de me donner dans ma détresse tant d'argent, valant tant; et moi, aujourd'hui, je ne puis vous le rendre. C'est pourquoi je fais à vous l'obnoxiation de mon ingénuité, afin que vous ayez le pouvoir ferme et libre de faire de moi tout ce que vous pouvez faire de vos esclaves d'origine, me vendre, m'échanger et me corriger. »

Le débiteur, se remettant ainsi volontairement aux mains de son créancier, pouvait espérer un traitement plus doux que s'il l'eût obligé à recourir à la justice.

Plusieurs monuments de la première et de la seconde race nous donnent des détails sur l'obnoxiation. Elle n'offre pas partout le même caractère de dureté. Dans la loi des Visigoths, le débiteur a quelques garanties, par exemple, la discussion des biens (1). D'autres fois aussi, le débiteur pouvait se racheter.

L'obnoxiation fut une des causes nombreuses qui couvrirent d'esclaves le sol gaulois : l'obnoxié venait prendre place à côté du vaincu et du serf d'origine.

A l'époque féodale, la peine de mort n'était plus prononcée contre le débiteur : c'était par l'outrage, l'asservissement, la honte et la prison qu'on châtiait l'obéré. Pour connaître le droit de cette époque, nous ne saurions puiser à une source plus pure qu'aux Assises de Jérusalem. Étrangères à toute influence du droit romain, ces pratiques sont le résultat d'une fusion entre les coutumes féodales des différents pays

(1) L. Wisig., V, 5, 5.

d'Europe; mais elles reflètent surtout le droit de la France, car notre pays prit la plus grande part aux croisades, et en Orient on appelait Francs indistinctement tous les croisés.

L'Assise de la Cour des barons déclare qu'après une dette *coneuë en Court*, l'insolvable, après avoir abandonné ses biens, devra *jurer sur sains que il ne à descovert ne à covert, n'en n'a que la robe de son vestir et les dras de son lit, ne autre por lui;* alors son créancier pourra, avec l'autorisation de la Cour, l'emmener chez lui et le *tenir pour son esclaf*, tant que sa dette ne sera pas payée par un autre ou que son travail n'en aura pas fourni la valeur. Mais, lorsque le débiteur a fourni sa dette en travail, *il puet aler et venir quitte et délivre, comme home qui est en sa délivre poesté* (1).

Les mêmes idées sont exprimées dans la Cour des bourgeois qui, de plus, indique une somme au-dessous de laquelle la contrainte par corps ne sera pas possible (2). Le débiteur était donc véritablement esclave : il portait un anneau de fer par *reconnaissance que il est à pooir d'autrui pour dette*. Il avait seulement droit à du pain et de l'eau (*pain et aygue*) pour soutenir sa vie suffisamment, et à des vêtements pour couvrir son corps et ne pas mourir faute de *robbe*.

Malgré toutes les cruautés qu'elles consacraient, les Assises de Jérusalem étaient, eu égard à l'époque qui les vit paraître (1099), empreintes de notables amé-

(1) Assises de Jérusalem, haute court, ch. 116.
(2) Court des bourgeois, 39.

liorations. C'était, en effet, une idée humaine que celle qui prenait les services du débiteur en payement de la dette.

Nous devons aussi remarquer le droit donné par l'art. 66 de la Cour des bourgeois à tout créancier qui ne s'est pas fait livrer le débiteur, de venir l'enlever à celui qui le détient en lui payant la totalité de ce qui lui est dû. Le second créancier entre alors dans tous les droits du premier en ce qui touche sa propre créance et dans celle dont il vient de fournir le montant. Le premier ne peut se plaindre, puisqu'il est désintéressé, et le second n'a pas à redouter la négligence ou la collusion du premier créancier avec le débiteur, qui pourrait perdre, dans une inutile captivité, un temps précieux pour tous les autres créanciers.

La contrainte par corps était donc admise à titre de compensation pour le créancier, et, de plus, comme voie de coercition tendant à faire produire des sommes cachées ou à déterminer au payement la famille du débiteur. Aussi ne trouvons-nous pas à cette époque la cession de biens, car *ni l'abandon complet de sa fortune, ni le serment qu'il na rien de quoi il puisse payer ne dessus terre ne dessous* ne pouvaient affranchir le débiteur de la contrainte corporelle qui représentait pour le créancier une véritable valeur.

Mais la servitude de la dette devait bientôt ressentir le contre-coup de l'affranchissement des classes inférieures : lorsque les serfs d'origine furent émancipés, la raison exigeait que toute servitude émanée du fait de l'homme fût rejetée : on convertit alors la servi-

tude personnelle en emprisonnement. La liberté des débiteurs ne s'absorba plus dans l'esclavage, elle fut seulement enchaînée dans une prison. Une ordonnance de saint Louis, de 1270, consacre ce changement. Aux noms qui rappelaient l'esclavage, addiction, obnoxiation, on y trouve substitué le mot plus doux de contrainte par corps (1). Les chroniques du temps, les livres des légistes nous montrent aussi l'usage de la prison partout pratiqué (2).

Il y aurait donc là un incontestable progrès si le débiteur n'était jamais renfermé que dans une prison publique. Malheureusement à côté de la prison royale, seigneuriale ou communale, nous trouvons la prison privée exister à l'état de privilége en faveur des bourgeois de quelques communes.

Les prisons seigneuriales n'étaient pas des prisons privées proprement dites : au point de vue féodal, les seigneurs étaient dépositaires légitimes d'une portion de la puissance publique. Leurs prisons étaient la conséquence de la justice qu'ils rendaient à leurs vassaux. Quant aux seigneurs qui n'avaient que la moyenne et basse justice, ils avaient aussi des prisons pour *resserrer* les délinquants qu'ils devaient, dans les vingt-quatre heures, mettre dans les mains des hauts justiciers ; ces prisons pouvaient également détenir leurs débiteurs. Toutefois, comme la personne du juge et celle du créancier se confondaient, on retombait à peu près dans les abus de la prison privée.

(1) Ordon. de 1270, c. 123.
(2) Beaumanoir, cout. de Beauv., c. 51, nos 5 et 6.

Ces prisons seigneuriales étaient étroites, humides, privées d'air. Il paraît même que les geôliers faisaient subir la torture aux détenus ou mettaient les débiteurs aux fers (1). Nous voyons Blanche de Castille délivrer de malheureux prisonniers retenus dans les prisons des chanoines de Notre-Dame de Paris, parce qu'ils ne pouvaient payer leurs tailles et qu'ils avaient en la prison *moult de mésaizes*. Leurs plaintes étaient venues jusqu'à elle, elle ordonna qu'on les laissât aller, et, ajoute le chroniqueur, *le fit en partie pour la pitié qu'elle avait de plusieurs belles filles à marier qu'on laissait à prendre pour leur servitude et en étaient plusieurs gastées* (2). Les seigneurs avaient droit de justice seigneuriale ; ils avaient leurs prisons, et c'est là qu'ils retenaient par la contrainte corporelle leurs serfs débiteurs de tailles.

Mais sous saint Louis, la prison privée, la prison des patriciens existait aussi à l'état de privilége pour les bourgeois qui l'avaient stipulée dans leurs chartes communales. C'était un privilége auquel la noblesse attachait peu d'importance, car elle ne prêtait pas, elle empruntait plutôt. Mais la bourgeoisie s'occupait de commerce, avait beaucoup de débiteurs, voulait une justice expéditive et économique : aussi préférait-elle la mise en charte privée à l'incarcération dans la prison publique, qui donnait lieu à l'avance des droits de geôlage et d'entrée (3).

(1) Coutume de Corbie, art. 3.
(2) Dulaure, *Hist. de Paris*, t. III, p. 46.
(3) Ducange, v° *Carceragium*. — Hainaut, 70.

La collection des *olim* (t. I, p. 539, n° 8), nous a conservé sur ce point un procès curieux : une charte autorisait les bourgeois de Compiègne à arrêter eux-mêmes leurs débiteurs et à les retenir dans leurs maisons. En 1262, le bailli de Vermandois leur fit un procès, prétendant que les débiteurs ne pouvaient être conduits que dans la prison publique. Les bourgeois produisirent leur charte, et par arrêt, le parlement les déclara en droit et possession de retenir leurs débiteurs chez eux à condition qu'ils ne les maltraiteraient pas et leur donneraient une nourriture convenable.

Ainsi le bailli de Vermandois succomba, et les bourgeois de Compiègne maintinrent ce privilége anarchique contre un officier de la couronne, à une époque où l'autorité royale commençait pourtant à ne plus rien craindre.

Nous devons aussi dire un mot des villes d'arrêt où l'on avait exagéré le droit de se faire justice soi-même. Le débiteur forain, ainsi que les serfs et les gens de mainmorte soumis à sa dépendance, qui se trouvaient de passage dans la ville habitée par le créancier, était saisi sans forme de procès, et retenu soit chez le créancier, soit dans la prison publique. C'était un moyen commode et expéditif de se rendre justice sans recourir à un tribunal éloigné et peu porté à favoriser les prétentions du créancier. Le plus souvent on avait besoin de l'intervention des magistrats, et sur l'opposition du saisi, le saisissant avait à prouver son droit. La bourgeoisie tenait beaucoup à cette coutume inhospitalière qui la dispensait d'al-

ler chercher ses débiteurs dans des lieux éloignés où l'attendaient peut-être des inimitiés, des vengeances, des tribunaux hostiles. Dans les villes où le droit d'arrêt était le moins dur, il consistait seulement dans l'obligation imposée au débiteur de se battre avec le créancier ou de plaider devant le tribunal du lieu. Les principales villes d'arrêt étaient : Reims, Amiens, Corbie, Poitiers, Tournay, Pont-Urson, Athyes, Auxerre, Figeac, Condom, Caudebec, Saumur, etc.

Tel était l'état des choses lorsque saint Louis entreprit une réforme : les juges faisaient grand abus de la contrainte corporelle en matière civile ; pour diminuer ces abus, saint Louis publia l'ordonnance de 1254, dont voici les termes : *Item ne nos baillis ou autres membres officiaux grebvent nos subjects contre justice, nous leur défendons que pour nulle debte fors pour la nostre ils ne pregnent nul ne tiegnent pris* (1).

Saint Louis prescrit donc la contrainte par corps judiciaire contre tout autre que contre les débiteurs du fisc, car il faut avant tout assurer la perception des impôts. Les dettes des barons jouissaient aussi de ce privilége. Mais la contrainte par corps conventionnelle demeurait permise. Ceci nous est expliqué par le contemporain de Louis IX, Beaumanoir : *Il y a différence entre la debte d'autrui et la debte de seigneur; car le roi ou celui qui tient en baronnie, peut, por sa debte et por ses amendes, retenir le cors de son soujet en prison.*

(1) Art. 19, vº *Laurière*, p. 72.

Mais ce ne pot-il pas faire pour la debte d'autrui, se li debtes ne s'il est obligé par lettres, ou par devant justice, ou devant bonnes gens (1). Mais cette ordonnance fut sans portée, tant la contrainte judiciaire était entrée dans les mœurs. Deux ans après, le saint roi, qui devançait son siècle, renouvela son ordonnance d'une manière encore plus impérative ; mais cette seconde tentative ne fut pas plus heureuse. Du reste l'application rigoureuse de l'ordonnance n'aurait pas fait disparaître le mal ; car, par respect pour la liberté des conventions, saint Louis avait maintenu la contrainte par corps conventionnelle, et cette clause était devenue de style dans tous les contrats.

Philippe le Bel reprit plus tard l'œuvre de saint Louis. Par son ordonnance de 1302 (art. 52), il renouvela les mêmes prohibitions. Lui-même fut, l'année suivante, obligé de réitérer ses ordres (ordonnance de Béziers, art. 12) : « On ne mettra pas garnison chez les débiteurs et on ne les arrêtera pas pour dette particulière, mais on mettra leurs biens en vente pour payer leurs créanciers, à moins qu'il n'y ait quelque convention contraire de la part des débiteurs. »

La contrainte par corps conventionnelle était donc encore permise. Il est fâcheux que Philippe le Bel ait aussi commis la faute de saint Louis, et qu'il ait laissé subsister cette faculté qui devait étouffer l'ordonnance.

Mais pour les cas où la contrainte par corps était

(1) Ch. LI, n°s 6 et 7.

conservée, soit qu'il y ait eu stipulation, soit que ce fût une créance du roi ou des barons, un grand progrès avait été fait, car on avait admis une sorte de cession de biens. Baumanoir, dans un langage remarquable, nous dit qu'après un certain délai la liberté sera rendue au débiteur qui aura fait l'abandon complet de ses biens et qui justifiera qu'il ne peut entièrement s'acquitter : *Et quand il ara esté quarante jors en prison, se li sires qui le tient voit qu'il ne puist metre nul conseil en le dete, et il abandonne le sien, il doit être délivres de la prison ; car ce serait contraire coze à humaine, qu'on laissât tou jors cors d'omme en prison por dete, puisqu'on voit que li créancier ne puist être paiés par le prison* (1). » Beaumanoir ajoute : « Le créancier *lor doit livrer pain et vin et potage, tant comme ils en poeut uzer, au moins une fois le jor.* » Ainsi nous sommes loin des Assises de Jérusalem qui mettaient le débiteur en esclavage.

Disons encore qu'à cette époque l'exécution sérieuse d'une ordonnance était bien difficile, car il fallait respecter les priviléges, les chartes communales, les franchises de corporations. Les exceptions en un mot étaient si nombreuses qu'elles devenaient bientôt la règle. Indiquons-en quelques-unes : Les marchands de marée étaient contraignables par corps au profit des pêcheurs, dont on voulait encourager le métier, car la marée était la manne des jours maigres (2). Les acheteurs de blés, vins, bétail,

(1) Chapitre LI, n° 7.
(2) Ord. de 1343, de Philippe le Bel.

victuailles étaient aussi contraignables par corps par la même raison d'utilité générale qui donne chez nous un privilége aux fournisseurs (1). Les conventions en temps de foire passées entre marchands entraînaient aussi contre eux la contrainte par corps. A cette époque les foires de Champagne, de Brie et du Landit étaient fort célèbres ; on y accourait de toutes parts et pour faciliter les transactions, on y attachait la garantie de la contrainte par corps. Au XVe siècle les priviléges des foires de Champagne et de Brie furent étendus aux foires de Lyon (2).

Enfin le commerce s'accommoda tellement de cet usage des foires qu'une ordonnance de 1560 établit d'une manière générale la contrainte par corps pour les *cédules reconnues entre marchands et pour cause de marchandises*. Il nous faut aller jusqu'à cette époque pour trouver une nouvelle ordonnance depuis l'œuvre de Philippe le Bel qui n'avait eu au reste aucune influence réelle.

Mais en 1566 intervint l'ordonnance du chancelier de Lhôpital, monument important en cette matière. Elle imprime à la législation un mouvement rétrograde ; saint Louis et Philippe le Bel avaient restreint la contrainte par corps ; le chancelier Lhôpital l'attacha à tout jugement de condamnation. Mais, pour comprendre l'esprit de cette ordonnance, il faut se reporter par la pensée au milieu des désordres qui affligèrent la société du XVIe siècle. L'anar-

(1) Cout. de Paris, art. 177. Bourbonnais, 132.
(2) Lettres patentes de Charles VII du 4 fév. 1419.

chie dans les croyances religieuses, la faiblesse de l'autorité royale avaient relâché les liens de la justice. L'esprit de chicane était alors à son apogée, et les juristes employaient leur science à éluder les arrêts des tribunaux. En un mot la justice n'était plus obéie. L'ordonnance de Moulins voulut donc relever l'autorité méconnue, et pour cela crut nécessaire d'attacher la contrainte par corps à tout jugement de condamnation. Si dans les quatre mois le jugement n'était pas exécuté, le condamné était pris au corps et incarcéré. C'était un retour au droit romain qui était alors en grand crédit. Il était peut-être nécessaire à cette époque de donner cette force à l'autorité judiciaire; mais il n'eût pas fallu conserver la contrainte par corps conventionnelle que le droit romain des grands siècles n'admettait plus.

Quoi qu'il en soit, un siècle plus tard l'ordonnance de Moulins était usée; elle fut en effet condamnée dans les conseils de Louis XIV.

Sous ce grand roi l'autorité royale pouvait faire respecter les décisions judiciaires, aussi la célèbre ordonnance de 1667 (1) prit-elle le contre-pied de l'ordonnance de Moulins. La contrainte par corps judiciaire de plein droit fut abolie. On remédia aussi à l'abus de la contrainte par corps conventionnelle.

L'ordonnance tire une grande ligne de séparation entre les affaires civiles et les affaires commerciales. En matière civile nous ne trouvons plus la contrainte par corps que dans des circonstances marquées de

(1) Titre 34 intitulé : *De la décharge des contraintes par corps.*

dol, de mauvaise foi. Le stellionataire, le dépositaire nécessaire ou judiciaire qui se rend infidèle, les tuteurs et les curateurs, celui qui doit restituer en vertu d'une action en réintégrande, celui qui doit des dommages et intérêts sont contraignables par corps. Enfin le fisc conserve son privilége. Mais dans tous les autres cas la liberté du débiteur l'emporte sur le droit du créancier. Il est non-seulement défendu aux juges de prononcer la contrainte par corps, mais les parties ne peuvent plus la stipuler.

L'ordonnance de 1667 consacre donc un large progrès et surtout elle ne renouvelle pas la faute de saint Louis et de Philippe le Bel, qui, sous prétexte de respecter les conventions, ouvraient dans leur digue une brèche qui devait la rendre impuissante.

Il est un cas pourtant où la stipulation de la contrainte par corps est permise, c'est celui des baux ruraux où le propriétaire peut stipuler cette garantie du fermier. L'intérêt public, qui exige que la culture des terres ne reste pas en suspens, faute de garantie, a paru devoir dominer ici toute autre considération.

Du reste alors même que la contrainte par corps est exercée, le débiteur n'est pas définitivement livré : par l'abandon de ses biens à ses créanciers, il évitera la prison ou en sortira. La France avait toujours conservé ce bénéfice de cession que nous trouvons dans les établissements de saint Louis (1), Beaumanoir (2), le grand coutumier (3).

(1) I, 21 ; II, 40.
(2) 54, 6.
(3) T. XX.

Dans la pureté du droit féodal le gentilhomme seul put prétendre à ce bénéfice, mais plus tard le vilain put aussi invoquer cette sauvegarde. Seulement pour punir les hommes qui, par la mauvaise gestion de leur patrimoine, avaient peut-être ruiné leurs créanciers, la cession de biens fut environnée de formalités humiliantes. Coquille sur Nivernais (t. XXXII, art. 22) nous dit que le débiteur devait être dépouillé de ses vêtements et mis à nu comme s'il devait être fouetté; et au milieu des risées du peuple, frappait trois fois la pierre avec la partie de son corps ainsi devêtue, en criant qu'il abandonnait ses biens à ses créanciers. Mais le plus souvent le débiteur était condamné à porter un bonnet vert, qu'il devait toujours garder sous peine d'être déchu du bénéfice de cession. Par là le public était averti de ne pas entrer en rapport d'affaires avec lui. Ainsi les créanciers, frustrés dans leur espoir, donnaient moins la liberté au débiteur qu'ils ne la lui vendaient au prix de mille affronts.

Il y avait aussi les *lettres de répit* émanées du roi. Le débiteur délivré de l'inquiétude d'une ruine imminente pouvait ainsi calculer les chances de la position. Mais il était difficile de suspendre ainsi le cours de la justice par voie administrative, et le roi n'accordait le plus souvent ce bénéfice qu'à des courtisans. La roture insolvable portait ainsi le bonnet vert en signe d'infamie, mais la noblesse endettée recevait un brevet d'honneur sur parchemin, en récompense d'une vie de débauche (1).

(1) V° Pelletan, *Décadence de la monarchie*, p. 19.

Revenons maintenant à l'ordonnance de 1667 pour voir le régime auquel furent soumises les matières commerciales. Ici le système contraire prévalut. La contrainte par corps fut maintenue pour faits de commerce et lettres de change; on voulait pousser aux transactions, augmenter le crédit commercial : en matière civile on a tout le temps voulu pour prendre ses garanties avant de prêter. Le créancier, qui, plus tard, n'est pas payé, a donc toujours un peu de négligence à se reprocher. En matière commerciale, au contraire, on traite de confiance ; il faut être prompt à saisir l'occasion, et dès lors, se passer des garanties. De plus, tous les comptoirs sont solidaires les uns des autres, de sorte que quinze ou vingt d'entre eux pourront être ébranlés par la mauvaise foi ou l'imprudence du négociant qui suspendra ses payements. L'intérêt public commande donc que le crédit commercial soit énergiquement sauvegardé, et le remède le plus sûr est de contraindre par corps le débiteur qui ne répond pas à ses engagements. [1]

L'ordonnance de 1667 resta la loi fondamentale de la contrainte par corps jusqu'à la révolution. Deux fois cependant l'exercice de cette mesure fut suspendu. Une première fois en 1715, à la suite de la guerre de la succession ; d'Espagne une seconde fois après les désastres de Law. Mais cette suspension ne portait pas atteinte au principe de l'ordonnance. La ruine du crédit public, l'énormité des impôts, la rareté du numéraire, l'ébranlement des fortunes privées, qui rendaient imminente la crainte d'une crise géné-

rale, rendirent nécessaire ce répit temporaire accordé aux débiteurs.

Du reste, de pareilles crises sont des calamités publiques que créanciers et débiteurs doivent supporter également.

Mais, s'armant de cette suspension, quelques esprits novateurs avaient, même avant 1789, demandé que la contrainte par corps fût rayée du code de nos lois. Lorsque éclata la révolution, l'Assemblée constituante se préoccupa de la question, mais elle ne put la résoudre. On croit cependant que l'esprit général de la constituante était hostile à la contrainte par corps. On se fonde sur les termes d'un article, qui, tout en réglementant certains cas de contrainte, ajoutait : « *Tant que la contrainte par corps aura lieu.* » Ces derniers mots ne montrent-ils pas que la contrainte par corps était condamnée dans l'esprit de l'Assemblée ? On peut le soutenir. Je crois cependant que tout autre était l'esprit de l'Assemblée, car nous la voyons, postérieurement à cette déclaration, rendre une série des lois subséquentes, où la contrainte par corps est représentée comme la sauvegarde des transactions. Cette phrase incidente, qui laissait entrevoir un jour où la contrainte par corps pourrait disparaître, n'était qu'une habile concession faite à l'impatience des esprits qui réclamaient l'abolition immédiate.

La constituante a donc voulu maintenir notre sanction rigoureuse. L'Assemblée législative, au contraire, lui était moins favorable. Abolissant la contrainte par corps, accordée depuis 1715 aux nourrices pour

le payement des mois à elles dus par les pères et les mères des enfants, elle déclare dans le préambule du décret du 25 août 1792 : « Que chez un peuple libre il ne doit exister de loi qui autorise la contrainte par corps, que lorsque les motifs les plus puissants la réclament. » Elle n'osa pas cependant en venir à l'application générale de ses doctrines. Mais ce que n'avaient osé ni la constituante, ni la législative, la convention le fit : une loi du 9 mars 1793 abolit en principe la contrainte par corps. Seulement l'Assemblée chargeait son comité de législation de lui faire un rapport sur les exceptions qu'il fallait admettre à ce principe : la contrainte par corps fut maintenue en faveur de l'État contre ses débiteurs directs.

L'expérience a donc été faite, et si la contrainte par corps était inutile, comme le prétendaient alors et comme le prétendent aujourd'hui ses adversaires, il est probable qu'elle aurait eu le sort de tant d'autres institutions qui se sont écroulées dans la période régénératrice de 1789 à 1793, et qui, depuis, ne se sont plus relevées. Qu'arrive-t-il, au contraire? Les banqueroutes, l'agiotage effrayent le directoire, et le 24 vent. an V, une loi d'urgence rétablit la contrainte par corps : « *Considérant, dit le conseil des Anciens, qu'il est urgent de rendre aux obligations entre citoyens la sûreté et la solidité qui seules peuvent donner au commerce de la république la splendeur et la supériorité qu'il doit avoir.* » La contrainte par corps était donc ainsi rétablie purement et simplement ; mais on passait d'un extrême à l'autre : l'arti-

cle 2 de la loi du 24 ventôse an V, en renvoyant aux lois antérieures, soumettait la société nouvelle à l'ordonnance de 1667, qui n'était pas en conformité avec les besoins nouveaux, et qui, d'ailleurs, présentait beaucoup de lacunes.

Ce n'était là, du reste, qu'une loi provisoire, une loi de circonstance. Un nouveau travail fut préparé, et le 15 germinal an VI, parut une loi qui, pendant longtemps, a été le Code de la contrainte par corps. Cas d'application de la contrainte, mode d'exécution des jugements qui la prononcent, tout fut réglementé.

En matière civile, la contrainte par corps n'y est prononcée que dans des cas fort rares (art. 1 à 6). La stipulation de contrainte par corps est nulle, ainsi que toute condamnation volontaire qui prononcerait cette peine, hors les cas où la loi l'a permis. Il est défendu de stipuler la contrainte même pour assurer le payement des fermages, seulement le tribunal pourra la prononcer, si le fermier ne représente pas, quand le bail finit, les semences, instruments aratoires dépendant de l'exploitation.

En matière commerciale, comme en 1667, comme aujourd'hui, la contrainte par corps était la règle (art. 1 à 4 du titre II).

Nous rencontrons ensuite le Code civil. Le projet de loi fut porté au Corps législatif le 22 pluviôse an XII; M. Bigot Préameneu fit l'exposé des motifs, et le 3 ventôse an XII fut promulguée cette loi qui forme le titre XVI du livre III du Code civil.

Le Code civil ne présentait sur notre matière que

des dispositions éparses ; quelques lacunes furent comblées par le Code de procédure en 1806 qui, par ses art. 780 à 805, réglementa l'exécution de la contrainte par corps.

Notons aussi la loi de 1807 sur *l'arrestion provisoire* des étrangers avant tout jugement ; enfin les lois du 17 avril 1832 et du 13 décembre 1848.

Tels sont les principaux textes que nous allons étudier.

———

DROIT ACTUEL

Nous examinerons dans trois chapitres séparés les cas d'application, les modes d'exécution et les causes d'extinction de la contrainte par corps.

CHAPITRE PREMIER

Cas d'application de la contrainte par corps dans les lois françaises.

SECTION PREMIÈRE

CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRES CIVILES.

Ici ce mode d'exécution est exceptionnel ; le législateur en a évité l'empoi le plus qu'il a pu, et de plus il déclare, dans l'art. 2063, que « hors les cas déterminés par les articles qui précèdent ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée; et à tous Français de consentir pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger : le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. »

La contrainte par corps est impérative ou faculta-

tive; souvent en effet la loi ordonne au juge de la prononcer, parfois au contraire elle s'en rapporte à sa sagesse et le charge d'examiner si les malheurs ou la bonne foi du débiteur ne doivent pas l'affranchir de cette épreuve si rigoureuse.

§ I. *De la contrainte par corps impérative.*

Nous la rencontrons dans onze cas.

1° Le premier est prévu par l'art. 2059, qui frappe de cette peine le stellionat.

On est stellionataire dans cinq circonstances. Quatre nous sont indiquées par l'art. 2059 : lorsqu'on vend, lorsqu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; lorsqu'on présente comme libres d'hypothèques des biens hypothéqués, lorsqu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont grevés. La cinquième cause de stellionat se trouve dans le fait du tuteur ou du mari, qui, sans avoir requis l'inscription de l'hypothèque légale de son pupille ou de sa femme, *a consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques sur les immeubles sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale du mineur ou de la femme.*

Ce cinquième cas de stellionat nous est indiqué par l'art. 2136.

Les cas de stellionat sont donc chez nous rigoureusement déterminés par le législateur. Chez les Romains, au contraire, Ulpien nous dit que le stellionat désignait toute fraude qui ne constituait pas un crime caractérisé, un crime désigné par un nom spé-

cial : *Ubicumque titulus criminis deficit, illic stellionatus objiciemus* (1). Le jurisconsulte nous indique, dans les paragraphes de la même loi, plusieurs exemples où le caractère de dol se retrouve toujours : *Si quis forte rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit... Si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari.*

A Rome, le juge prononçait contre ce crime des peines sévères. Cet usage s'était transmis dans notre ancienne jurisprudence (2). L'amende et le bannissement en étaient la punition ordinaire. Quelquefois c'était le fouet et l'amende honorable ; mais il fallait que le dol fût considérable. Le stellionat était donc poursuivi par la voie criminelle. De plus, ce n'était pas seulement la déclaration frauduleuse dans un contrat qui vous rendait stellionataire. En vertu d'un arrêt du parlement d'Aix, du 9 mai 1666, celui qui passait des actes simulés pour paraître riche afin de tromper les autres, pouvait être poursuivi comme stellionataire.

Le Code Napoléon se sépare sur ce point du droit romain et de l'ancienne jurisprudence, en ce qu'il donne du stellionat une définition rigoureuse qui ne permet pas l'analogie, et en ce qu'il en fait un délit purement civil ne pouvant jamais donner lieu à des poursuites criminelles, mais seulement à des restitutions que garantit la contrainte par corps.

(1) Loi 3, § 1, *de stellion.*, Dig.
(2) M. Merlin, répert., v° *stellionat.*

Nous avons donné plus haut la définition du stellionat. Examinons maintenant en détail les dispositions des art. 2059 et 2136.

Un caractère commun aux cinq cas de stellionat, est qu'il doit y avoir fraude et préjudice. La loi romaine nous l'avait dit ; *Stellionatus est is qui dolo quid fecit.* Ainsi, pas de stellionat sans fraude et surtout sans préjudice. Si une fraude ne vous a porté aucun préjudice, vous ne pouvez réclamer aucune indemnité, et, dès lors, sur quoi fonderiez-vous votre poursuite à fin de contrainte par corps? Mais une différence assez grande sépare l'art. 2059 de l'art. 2136. Le premier punit la fausse déclaration, l'affirmation mensongère du vendeur ou de l'emprunteur qui vend par exemple ou hypothèque un immeuble qui ne lui appartient pas. Le second article punit, au contraire, le simple silence des maris ou des tuteurs qui consentent ou laissent prendre une hypothèque sur leurs biens sans déclarer expressément l'hypothèque non inscrite du mineur ou de l'épouse. Rien de plus logique que cette distinction. Dans les hypothèses de l'art. 2059, l'hypothèque est inscrite; sans cela, elle ne pourrait nuire aux tiers. Le débiteur peut alors croire que son contractant en a pris connaissance, et il ne sera coupable de stellionat qu'autant qu'il l'aura, par son dol même, induit en erreur. Au cas de l'article 2136, l'hypothèque n'a pas été inscrite et produit son effet sans inscription. Le mari ou le tuteur doit donc croire que le tiers en ignore l'existence, et, s'il ne la lui fait pas connaître, son silence est coupable.

Le stellionat, nous l'avons dit, suppose toujours la

fraude. Nous trouvons dans ce sens un arrêt de la Cour de Bordeaux (9 juillet 1830) qui refusa de déclarer stellionataire un paysan illettré qui avait vendu un immeuble grevé de l'hypothèque légale de sa femme, le déclarant libre d'hypothèques. L'arrêt se fonde sur ce que le paysan sans instruction ne s'est pas douté de l'existence de cette hypothèque légale, sur ce qu'il a eu la précaution de faire comparaître sa femme à l'acte, de telle sorte que l'acheteur n'avait pu raisonnablement ignorer l'existence de l'hypothèque légale.

Nous rencontrons ici une question controversée. L'art. 2136 prévoit simplement la constitution d'hypothèque sans déclaration de l'hypothèque préexistante ; mais ne faut-il pas régir par cet article la vente faite par le mari ou le tuteur sans déclaration de l'hypothèque légale? La fraude existe bien dans les deux cas. Des auteurs le prétendent et veulent assimiler les solutions. Cependant il suffit d'un peu d'attention pour voir qu'une grande différence sépare les deux hypothèses : au cas d'emprunt, quand l'hypothèque légale n'est pas déclarée, le prêteur qui se trouve primé par la femme ou le pupille, sera peut-être ruiné sans avoir eu aucun moyen de prévenir le danger. Dans le cas de vente, au contraire, l'acheteur a toujours un moyen de se mettre à l'abri des poursuites hypothécaires possibles en remplissant les prudentes formalités de la purge. S'il ne le fait pas, il est coupable de négligence. Aussi les intérêts de l'acheteur qui n'a pas pris toutes ses mesures sont moins favorables aux yeux de la loi que ceux du prê-

teur complétement désarmé contre le coup qui le frappe. Ce serait faire une extension fâcheuse que de soumettre le cas de vente à la disposition exceptionnelle de l'art. 2136. Il ne saurait y avoir identité de solutions, puisque, nous l'avons vu, les raisons ne sont pas les mêmes (1).

Supposons maintenant le stellionat accompli : vous m'avez vendu comme libre un bien grevé d'hypothèques. Je découvre l'existence de ces droits; puis-je prendre l'initiative, et intenter mon action avant d'être inquiété? Je le puis, quoique les créanciers ne manifestent pas encore la volonté de me dépouiller. Ma position est en effet la même que celle de l'acheteur, lorsque la chose n'appartenait pas au vendeur. Considérant que l'acheteur a voulu acquérir une propriété certaine, l'art. 1599 lui permet d'agir contre son vendeur avant qu'il ait été troublé par le véritable propriétaire, Or, ici j'ai cru acquérir une propriété certaine, et je vois, au contraire, planer au-dessus de moi une menace constante. Je dois donc avoir à l'instar du vendeur le droit d'agir aussitôt.

Il résulte évidemment de notre art. 2059, qu'il n'y a jamais stellionat en matière de meubles. L'acheteur d'un objet mobilier est, en effet, le plus souvent protégé par la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre. »

Il peut se faire cependant que celui qui a acheté un meuble volé ou perdu soit exposé à l'action en revendication pendant trois ans, à compter du jour de

(1) Troplong, *Contrainte par corps*, 59-63.

la perte ou du vol, sans même avoir le droit de se faire rembourser le prix d'achat par la propriétaire s'il n a pas acheté le meuble dans une foire, dans un marché ou dans une vente publique, ou d'un individu vendant des choses pareilles, sauf son recours contre celui de qui il l'a reçu (2279 et 2280).

Le tribunal pourra seulement attacher la contrainte par corps à l'action en indemnité donnée contre le vendeur de mauvaise foi (126, pr. civ.).

La loi ne frappe plus chez nous le stellionat de peines criminelles, elle l'accable en revanche de toutes les peines du droit civil. Privé du bénéfice de cession de biens (905, pr. civ.), le stellionataire doit être aussi déclaré déchu du bénéfice du terme, puisque ce droit est enlevé au débiteur qui, par son fait, a diminué les sûretés qu'il avait par le contrat données à son créancier (1). Les septuagénaires, les femmes et les filles majeures, coupables de stellionat, sont aussi contraignables par corps.

Enfin, le failli stellionataire ne peut pas être réhabilité. (612, Code de commerce.)

2° La contrainte par corps est aussi prononcée contre le dépositaire nécessaire (2060). En cas d'infidélité, ce dépositaire mérite toutes les rigueurs de la loi, car ce dépôt a été accompli sous la sauvegarde de la foi publique. Pressé par un incendie, un naufrage, un tumulte, le malheureux a dû confier l'objet qu'il voulait sauver aux premières mains qu'il a rencontrées. Il n'a eu ni le loisir, ni les moyens de choisir son dé-

(1) Arrêts de Pau, 3 juillet 1807, et Bourges, 11 décembre 1839.

positaire. Aussi Ulpien voyait-il dans cette lâche conduite plus qu'une atteinte à la foi privée : « *Crescit perfidiæ crimen et publica utilitas coercenda est vindicandæ reipublicæ causa* (1). » Aussi la loi donne au déposant des moyens énergiques pour obtenir la restitution. Il pourra recourir à la contrainte par corps.

L'article 1952 déclare que les aubergistes et les hôteliers sont responsables comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux. Le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme dépôt nécessaire, et la garantie de la contrainte par corps accordée au créancier. Enfin, l'art. 1782 soumet le voiturier aux mêmes obligations que l'aubergiste ; aussi s'accorde-t-on généralement à reconnaître qu'il est contraignable par corps.

Quant au dépositaire ordinaire, il ne peut être condamné à la contrainte par corps pour la restitution des choses déposées. S'il refuse, il commet une infidélité coupable, sans doute, mais le déposant doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance. Il n'y a qu'une atteinte à un intérêt particulier et l'emploi de la contrainte par corps ne serait pas justifié. Mais, en cas de refus, le dépositaire pourra être condamné à des dommages et intérêts envers le déposant, et le juge pourra attacher à cette obligation la sanction de la contrainte par corps (126, proc. civ.). Il faut, toutefois, que les dommages et intérêts soient supérieurs à 300 fr.

3° Le troisième cas est celui de réintégrande pour

(1) Loi 1, § 4, Dig., *deposite*.

le délaissement ordonné par justice d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait, pour la restitution des fruits qui ont été perçus pendant l'indue possession, et pour le payement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire (2060). La réintégrande est donc le nom spécial de l'action possessoire accordée à celui qui a été dépossédé d'un fonds par voies de fait ou violences (1). Elle entraîne la contrainte par corps pour le délaissement du fonds, la restitution des fruits perçus pendant l'indue possession et le payement des dommages et intérêts adjugés au possesseur.

L'art. 23 du Code de procédure civile (livre I, titre IV) nous fait connaître le caractère, les conditions de cette action. Ce sont ses effets seulement que nous voulons étudier. Le spoliateur pourrait être contraint par la force armée d'opérer la restitution ; mais la loi espère obtenir ce résultat d'une manière plus simple et plus commode en emprisonnant le débiteur. Nous répétons qu'il ne s'agit ici que d'une action possessoire. Si la restitution devait s'opérer en vertu d'une décision rendue au pétitoire, la contrainte par corps ne serait pas impérative.

Nous verrons plus loin les motifs de cette différence. Si la dépossession avait eu lieu sans voies de fait, c'est-à-dire sans force, violence, expulsion, ce ne serait pas le cas véritable de réintégrande, et la contrainte par corps n'aurait pas lieu.

(1) Ces expressions de l'article : *Dont le propriétaire*... doivent être entendues dans un sens simplement explicatif. Il ne s'agit ici que du possessoire et non du pétitoire.

4° Le troisième paragraphe de l'art. 2060 nous dit que la contrainte par corps est admise pour répétition de deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet. Cette consignation opérée chez un officier public participe du dépôt nécessaire ; puisque cet officier est légalement institué pour recevoir le dépôt, le choix du consignataire n'est plus libre et il devient impossible de voir dans ce dépôt un acte de confiance. D'autre part ce n'est plus le dépositaire qui répond, c'est la justice ; aussi doit-elle employer tous les moyens, même celui de la contrainte par corps, pour que la foi qu'elle inspire ne soit pas violée.

Quelles sont maintenant les personnes soumises à cette contrainte ? Le caissier de la Caisse des dépôts et consignations à Paris, ses préposés dans les départements. Nous allons cependant trouver d'autres consignataires légaux : les huissiers pour les deniers comptants trouvés chez le saisi, jusqu'au moment où le dépôt sera fait (1). Les geôliers des prisons répondent aussi des sommes déposées entre leurs mains par le débiteur incarcéré pour obtenir son élargissement (798 procéd. civ.) La Caisse reçoit aussi des consignations volontaires. Leur remise sera garantie par la contrainte par corps, car il n'est pas nécessaire que la consignation ait été forcée, il faut seulement que le ministère de l'employé ait été obligatoire et c'est ce qui a lieu dans l'espèce, puisque la Caisse des consignations est légalement établie pour

(1) Art. 590, Procéd. civ.

recevoir les dépôts. C'est ainsi que seront contraignables par corps les huissiers chargés de faire une offre réelle ou une consignation, et les agents de change, intermédiaires nécessaires des négociations.

Le § 3 de l'art. 2060 ne parle que de la consignation de deniers. Les paragraphes suivants s'occupent de celle d'un corps certain.

5° Notre même article prononce en cinquième lieu la contrainte par corps pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires et gardiens. Contrairement à ce que pensent quelques auteurs, nous croyons qu'il ne faut appliquer cette disposition qu'aux séquestres judiciaires et non à ceux que les parties ont volontairement choisis. La cause de la contrainte par corps est l'idée du dépôt nécessaire ; or cet élément se trouve dans le séquestre judiciaire ; mais il manque dans le séquestre conventionnel qui est l'homme de confiance, l'homme choisi par la partie. C'est l'opinion qu'on se forme à la lecture de l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu(1). Les tribuns Gary et Goupil de Préfeln soutenaient la même thèse : « Le séquestre conventionnel ne contracte pas avec la justice, disaient-ils, tout procède en cette matière de la volonté des parties : *Ex contrahentium voluntate et conventione proficiscitur*. Il n'y a que le séquestre judiciaire, qui, soit qu'il soit nommé par le magistrat, soit qu'il soit nommé par les parties, contracte avec la justice qui a ordonné le séquestre. C'est donc l'exécution de ce

(1) Fenet, t. XV, n° 162.

traité seulement que doit garantir la contrainte par corps.

Notre article parle aussi de commissaires; mais c'est là une disposition aujourd'hui sans application; car les commissaires aux saisies réelles n'existent plus. Si notre article en fait mention, c'est qu'on ignorait lors de sa rédaction ce qui serait conservé à cet égard au Code de procédure.

Quelles personnes désignent enfin ces mots : *et autres gardiens?* Ce sont les gardiens qui sont nécessaires dans toute saisie de meubles. Ils sont établis par l'huissier qui est un officier de justice, aussi ce dépôt, grâce à cette intervention, devient-il judiciaire.

Nous ferons aussi rentrer dans le § 4 de notre article le gérant à l'exploitation d'un immeuble nommé par le juge de paix pour remplacer le fermier en cas de saisie d'animaux et d'ustensiles servant à l'exploitation des terres. (594, pr. civ.) Sans doute ce préposé trouve dans son office certains devoirs qui participent du mandat, comme de recueillir les fruits, vendre les choses périssables, renouveler les baux ; mais, quoique gérant de l'exploitation, quoique successeur du fermier saisi, il est avant tout un gardien, un dépositaire judiciaire. Ces deux qualités n'ont en effet rien d'incompatible. Pour être plus qu'un gardien, il ne cesse pas pour cela d'être au moins la même chose.

Il faut en dire autant des gardiens nommés par le tribunal de commerce en cas de faillite, pour la gestion d'un établissement industriel dont la fermeture nuirait à la masse.

6° Les notaires, les avoués, les huissiers sont aussi contraignables par corps pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers qu'ils ont reçus de leurs clients par suite de leurs fonctions. Les motifs de cette disposition nous sont indiqués par M. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs devant le Corps législatif : « On ne peut employer ces officiers publics sans être dans la nécessité de leur confier les titres et l'argent nécessaires pour agir. Ministres secondaires de la justice, ils doivent être mis dans la classe de ceux qui sont ses dépositaires ; et s'ils manquent ainsi à la confiance publique, ils sont assujettis à la contrainte par corps (1). » Le tribun Gary exprimait avec plus de force la même idée lorsqu'il disait : « Puisque la loi a cru devoir gêner mon choix ou le circonscrire dans une certaine classe d'hommes, il est juste qu'elle m'offre tous ses moyens et toutes ses garanties. »

Nous avons rapporté ces paroles, pour bien faire ressortir les motifs qui ont inspiré le législateur. Maintenant que nous connaissons l'esprit de la loi, il nous sera plus facile d'aborder les controverses.

Disons d'abord que l'action en restitution et remise existera avec contrainte par corps soit que les pièces aient été confiées à l'officier par le client, soit qu'elles aient été remises par d'autres à l'officier dans le cours de son ministère : ainsi dans une instance mon avoué reçoit des pièces de mon adversaire, il sera contraignable par corps, bien que les pièces ne lui aient

(1) Fenet, t. XV, p. 163.

pas été remises par son client. (Art. 191, pr. civ.

Mais pour que notre § 7 reçoive son application il faut que l'officier dépositaire soit dans l'éxercice rigoureux de ses fonctions : c'est là ce qu'il ne faut pas perdre de vue : ainsi je charge un avoué d'une transaction ; je lui remets dans ce but mes titres et des sommes d'argent : il n'est alors que mandataire ordinaire.

Mais les notaires seront-ils contraignables par corps pour la restitution des fonds versés chez eux pour un placement ? Tout le monde reconnaît que les placements de fonds ne rentrent pas dans les attributions mêmes du notariat. Les notaires sont essentiellement institués pour donner authenticité aux actes ; hors de là et en ce qui concerne les placements de fonds, ils remplissent une mission toute de confiance. Il semble donc que nous sommes en dehors de l'art. 2060 qui ne donne la contrainte par corps contre les officiers publics que parce que leur choix a été forcé. L'opinion contraire est cependant généralement admise. Consacrée par plusieurs arrêts de Cours impériales (1), elle compte encore aujourd'hui pour soutien M. Troplong (2). Cet auteur invoque la nécessité de verser les fonds entre les mains du notaire qui a été chargé de faire un placement : un notaire est chargé de négocier un prêt : comment voulez-vous qu'il y parvienne, s'il n'a pas en main les fonds du prêteur ? Il y parviendra en

(1) Lyon, 3 fév. 1830. Dalloz, 20, 2, 95. — Paris, 28 janv. et 31 juil. 1835. — Douai, 28 mai 1839.

(2) Troplong, *Contrainte par corps*, p. 149.

mettant en rapport les deux parties. Le dépôt préalable entre les mains du notaire est plus commode, soit, mais nullement nécessaire ; si vous l'opérez, c'est un dépôt ordinaire, mais en l'acceptant le notaire n'a pas fait un acte qui rentrât expressément dans son ministère. La comparaison suivante nous confirme encore dans notre opinion : Le notaire à qui une partie a remis les frais d'enregistrement des actes passés par lui est contraignable par corps pour le compte de ces deniers. Pourquoi la loi donne-t-elle ici cette garantie? Parce que le notaire se trouve dépositaire de ces deniers par la conséquence de ses fonctions, mais cette raison s'enfuit au cas de simple dépôt destiné à faciliter une opération. Cette opinion compte parmi ses défenseurs M. Coin-Delisle (1).

La loi du 13 déc. 1848 (art. 3) étend l'application du § 7 de l'art. 2060 aux greffiers, commissaires-priseurs et gardes de commerce.

7° La contrainte par corps impérative est encore prononcée contre les officiers publics pour les forcer à représenter les minutes dont ils sont les dépositaires : leur refus, qui entrave le cours de la justice, est une infraction à l'un des devoirs sous la condition desquels ils ont été établis. « Ils violent la foi publique, nous dit M. Bigot-Préameneu, ils doivent être contraints par corps » (2). Cette doctrine est appliquée par plusieurs textes de loi. En matière de vérification d'écriture, le juge-commissaire peut ordonner qu'aux jours

(1) Page 21, n° 16.
(2) Fenet, t. XV, p. 163

et heures par lui indiqués les détenteurs de pièces les apportent au lieu où se fera la vérification, et cela à peine de contrainte par corps (art. 201, procéd. civ.). Nous voyons aussi dans l'art. 224, procéd. civ., au cas de faux incident civil, le fonctionaire public dépositaire de la minute d'une pièce arguée de faux contraint par corps, s'il n'apporte pas au greffe ladite minute sur l'ordre qui lui en est donné.

L'art. 452 du Code d'instruction criminelle étend la même obligation au dépositaire particulier de pièces arguées de faux. Inutile d'ajouter que dans toutes ces circonstances, pour que la pénalité soit encourue, il faut que l'ordre auquel l'officier a refusé d'obéir émane d'une autorité compétente, soit d'un officier du ministère public, soit d'un juge d'instruction ou d'un juge-commissaire.

Sous le nom d'officiers publics, nous classerons les greffiers, les notaires, les officiers de l'état civil, les conservateurs des hypothèques, archivistes et autres, en un mot, tous les gardiens des actes établis par la loi.

8° Le cinquième paragraphe de l'art. 2060 établit la contrainte par corps contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte.

Il est, en effet, élémentaire en matière de cautionnement, que la caution n'est pas soumise à la contrainte par corps, par cela seul que le débiteur principal y est soumis. La caution garantit le payement de la dette tout entière, mais les voies d'exécution que l'on peut exceptionnellement employer contre le

débiteur, ne peuvent pas de plein droit être étendues à la caution. Un arrêt de cassation du 20 août 1833 décide avec raison que le non commerçant qui cautionne un autre commerçant, n'est pas par cela seul contraignable par corps. Bien plus, le commerçant, qui, par pure obligeance, cautionne un autre commerçant, n'est pas de plein droit soumis à la contrainte par corps, car il ne fait pas acte de commerce (1). Le créancier qui veut obtenir cette garantie, doit donc la stipuler expressément du fidéjusseur qui peut s'y soumettre, lorsque le débiteur principal est lui-même contraignable par corps.

Toutefois, nous trouvons dans les matières spéciales de nombreuses exceptions au principe qu'il faut une convention pour que la caution du contraignable par corps soit elle-même contraignable. Ainsi, le § 5 de l'art. 2060 ne s'applique pas aux matières administratives. Sont aussi contraignables par corps les cautions de comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics, ou de deniers ou effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices, aux établissements publics (2).

Revenons maintenant au § 5 de l'art. 2060, dont l'interprétation a soulevé une difficulté. La contrainte par corps a lieu, dit-il, contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte.*

Des auteurs ont cru que la restriction qui se trouve

(1) Troplong, *Contrainte par corps*, p. 131.
(2) Art. 8 et 9 de la loi du 17 avril 1832.

dans ces derniers mots s'appliquait aussi bien aux cautions judiciaires qu'aux autres, et que les unes et les autres n'étaient passibles de la contrainte par corps que de leur consentement.

C'est une erreur certaine. La caution judiciaire es toujours soumise de plein droit à la contrainte par corps. L'historique de notre article ne laisse aucun doute. Les travaux préparatoires du Code nous montrent, en effet, que le § 5 de l'art. 2060 n'établissait d'abord la contrainte par corps que contre les cautions judiciaires. Puis un remaniement eut lieu, dans lequel on ajouta ces mots : « Et contre les cautions des contraignables par corps, *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte.* Dans l'esprit des rédacteurs du Code, cette restriction devait donc porter uniquement sur l'addition qu'ils faisaient à leur article. C'est ainsi que l'entendait M. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs (1) : « On doit assimiler à ces dépositaires la caution judiciaire qui s'oblige également, non-seulement envers le créancier, mais encore envers la justice. » Or, nous savons que l'esprit général de notre Code est de soumettre à des liens plus forts les engagements qui se contractent avec la justice.

Pour tous ces motifs, nous avons rangé le cautionnement judiciaire parmi les causes entraînant d'elles-mêmes la contrainte impérative. Mais le Code civil avait admis un second cas de contrainte par corps conventionnelle (art. 2062). Il était permis au fermier d'offrir au propriétaire la garantie de la contrainte

(1) Fenet, t. XV, p. 162.

par corps pour le payement des fermages. On croyait par là favoriser l'agriculture, prévenir le danger de voir les terres incultes par suite des craintes du propriétaire, qui, faute de garantie, hésiterait à confier ses terres à un fermier, et prendrait peut-être le parti toujours mauvais de les faire valoir par les mains d'un régisseur. Mais les fermiers consentaient trop légèrement à la contrainte par corps; une mauvaise récolte, un retard éprouvé dans le payement du prix de vente des denrées, les mettaient souvent dans l'impossibilité de s'acquitter à l'échéance, et ils se trouvaient punis durement de ce qui n'avait pour cause que l'intempérie des saisons ou l'ingratitude de la terre. Aussi le législateur de 1848 a-t-il fait disparaître ce vestige de notre ancienne législation (1). Loi du 13 décembre, art. 2 : « A l'avenir, la contrainte par corps ne pourra être stipulée dans un acte de bail pour le payement des fermages des biens ruraux. » Malgré les critiques qu'a soulevées cette loi, nous la croyons bonne, car la législation précédente, sous prétexte de favoriser les fermiers, leur nuisait beaucoup.

C'est maintenant dans le Code de procédure qu'il faut chercher les derniers cas de contrainte par corps impérative.

9° Les art. 683 et 712 soumettent le saisi à la contrainte par corps pour le délaissement de l'im-

(1) Ainsi, à l'exception du cas précédent où la caution d'un contraignable par corps peut s'obliger elle-même par corps, on ne trouvera plus dans le droit d'autre circonstance où la contrainte par corps conventionnelle soit autorisée. — Troplong, *Cont. par corps*, p. 166.

meuble et les dommages et intérêts pour les dégradations qu'il y aurait commises. Quelques observations sont nécessaires sur ces deux articles. Le premier défend au saisi de faire aucune coupe de bois, et les créanciers qui sont autorisés quelquefois à cueillir, à vendre les fruits, doivent au contraire s'abstenir de coupes, car les bois peuvent attendre sans notable détérioration. Le saisi serait également passible de dommages et intérêts pour dégradations, par exemple s'il faisait périr les arbres, et la contrainte par corps en garantirait le payement.

L'art. 712 nous dit que le jugement d'adjudication contiendra une injonction à la partie saisie *de délaisser la possession aussitôt après la signification du jugement, sous peine d'y être contrainte même par corps.* M. Boitard (1) croit que ces derniers mots ne se réfèrent pas à une véritable contrainte par corps, c'est-à-dire à un emprisonnement. Suivant cet auteur, cette contrainte par corps n'est que l'exécution par la force du jugement d'adjudication.

Si cette distinction est juste, l'art. 712 s'appliquera contre les saisis mineurs, femmes ou septuagénaires, quoique ces personnes ne soient pas en général soumises à la véritable contrainte par corps.

10° C'est un devoir impérieux de venir déposer en justice des faits qui se sont passés sous nos yeux et dont la constatation peut être utile à l'établissement des droits d'une partie. Aussi l'art. 264 du Code de procédure civile accorde-t-il la contrainte par

(1) T. II, p. 961, pr. civ.

corps pour assurer le payement de l'amende prononcée par le juge-commissaire contre les témoins défaillants qui auraient résisté à deux injonctions successives

En matières criminelles, l'art. 80 du Code d'instruction criminelle en dit à peu près autant; il n'ordonne pas cependant la contrainte par corps; car, dans cet article, le mot contrainte régi par le mandat d'amener n'a plus son sens habituel.

11° Enfin le fol enchérisseur, qui a eu l'imprudence de soutenir trop longtemps la lutte, est tenu par corps de la différence entre son prix et celui de la vente. (710 et 740, pr. civ.)

Ici se termine la série des cas où le juge doit nécessairement prononcer la contrainte par corps. Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées, la mauvaise foi du débiteur, la nécessité de faire exécuter promptement les engagements pris devant la justice justifient l'emploi de cette mesure rigoureuse et permettent au législateur de donner des ordres formels que le juge doit rigoureusement exécuter. Mais souvent il arrive qu'une hypothèse étant donnée, les nuances varient à l'infini. Mille circonstances atténuent ou aggravent le fait; le législateur ne peut les apprécier toutes d'avance; force est alors de s'en rapporter à l'appréciation des juges qui prononceront la contrainte par corps s'ils ont devant les yeux un débiteur de mauvaise foi, qui cache des ressources, ou feront remise de cette rigueur au condamné s'il est malheureux plutôt qu'infidèle.

§ II. *De la contrainte par corps facultative.*

Nous avons à étudier dans ce paragraphe différents textes du Code Napoléon et du Code de procédure. 1° Nous rencontrons d'abord l'art. 2061. Il prononce la contrainte par corps contre ceux qui, par un jugement rendu au pétitoire et passé en force de chose jugée, ont été condamnés à désemparer un fonds, et qui refusent d'obéir. Quinze jours après la signification du premier jugement à personne ou à domicile, ils peuvent par un second jugement être contraints par corps. Nous avons rencontré sous l'article 2060 au cas de réintégrande quelque chose d'analogue. Pourquoi cependant cette différence dans les solutions? C'est que, pour avoir de l'analogie, les deux hypothèses ne sont pas moins souverainement différentes. Au cas de réintégrande possessoire, la mauvaise foi du condamné qui est certaine, l'atteinte qu'il a portée au droit de propriété par sa violence nécessitent l'emploi de la contrainte impérative. Notre article 2061 s'occupe d'un cas différent. Le jugement a été rendu au pétitoire. Le défendeur a succombé, il est vrai, dans le procès en revendication qui lui a été intenté, mais sa résistance a pu être très-légitime. Depuis longtemps peut-être il possédait tranquillement l'immeuble; de fausses limites, de faux titres ont pu l'induire en erreur. On comprend alors que le jugement qui le condamne à délaisser cet immeuble dont il est reconnu n'être pas propriétaire ne

doit pas avoir de prime abord pour sanction la contrainte par corps, car ce serait traiter avec une égale rigueur le possesseur de bonne foi qui défend ce qu'il croit lui appartenir et le spoliateur qui par ses violences prend la place d'un autre.

Toutefois, si la résistance du possesseur à l'attaque dirigée contre lui a été naturelle, on ne comprendrait plus maintenant sa résistance au jugement qui lui ordonne de délaisser. Le refus qu'il ferait d'obéir troublerait l'ordre public et rendra nécessaire contre lui l'emploi de la contrainte par corps, qui sera prononcée par un second jugement. Mais le législateur a réglementé ce pouvoir qu'il donne aux magistrats, pour prévenir tout abus. Ainsi le premier jugement doit être passé en force de chose jugée, jusque-là le possesseur qui peut se croire légitime propriétaire, conserve l'espoir de faire reconnaître son droit par la justice. Il faut ensuite un second jugement qui déclare que la non-exécution du délaissement provient de la résistance déplacée, de la mauvaise foi du condamné. Des obstacles matériels pourraient au contraire légitimer ce retard mis à l'exécution de la sentence. La contrainte par corps est donc ici facultative, puisqu'elle est subordonnée à l'appréciation que le juge fait des circonstances de l'affaire.

2° Vient maintenant l'art. 2062. Il nous apprend que les fermiers et les colons partiaires peuvent être contraints par corps, faute par eux de représenter, à la fin du bail, le cheptel de bétail, les semences et les instruments aratoires qui leur ont été

confiés ; à moins qu'ils ne justifient que le déficit de ces objets ne procède point de leur fait.

Tout le monde connaît les motifs de cette disposition. La marche de l'exploitation rurale serait sujette à être entravée, arrêtée même, si le fermier sortant pouvait faire disparaître le cheptel de bétail, des semences et des instruments aratoires. L'utilité de cette mesure était depuis longtemps reconnue.

Nous arrivons à un troisième texte d'une grande importance, et dont l'interprétation n'est pas sans difficulté.

3° L'art. 126 du Code de procédure civile consacre un autre cas de contrainte par corps facultative. Les premiers mots de l'article rappellent le principe fondamental de la matière, d'après lequel la contrainte par corps est une voie exceptionnelle qui ne peut jamais être appliquée par les juges que dans les cas spécialement déterminés.

Notre article complète ensuite le Code Napoléon et ajoute certains cas de contrainte purement facultative : *Il est néanmoins laissé à la prudence des juges de la prononcer*. Ces expressions indiquent une contrainte légale, mais purement facultative, qui ne peut être accordée au créancier qu'autant qu'il la demande. Le juge doit ensuite l'accorder ou la refuser, suivant les circonstances, selon la bonne ou la mauvaise foi du débiteur condamné.

1° *Pour dommages et intérêts en matière civile, au-dessus de la somme de* 300 francs. C'est la règle générale, d'après laquelle le Code Napoléon défend la

contrainte par corps en matière civile, pour toute dette inférieure à 300 francs.

Pour dommages et intérêts en matière civile. Nous avons ici à résoudre plusieurs difficultés. On entend par dommages et intérêts l'indemnité due par suite du préjudice que la mauvaise foi, les retards du débiteur ont pu faire éprouver au créancier,

Pour dommages et intérêts. La contrainte par corps étant de droit strict, nous nous garderons bien d'étendre ces expressions aux condamnations, soit aux dépens de l'instance, soit à la restitution des fruits perçus par le défendeur. Sous l'empire et d'après le texte même de l'ordonnance de 1667, ces deux cas de condamnation pouvaient entraîner contrainte par corps. Pour justifier cette décision rigoureuse, on disait que cette condamnation avait quelque chose de pénal ; qu'elle punissait les mauvaises chicanes. Dans les deux cas, c'est une dette ordinaire, une dette civile, au remboursement de laquelle il n'y a nulle raison d'attacher de rigueurs exceptionnelles. M. Pigeau (1) pense toutefois que le juge peut condamner par corps lorsque les dépens adjugés pour tenir lieu de dommages et intérêts sont de véritables dommages et intérêts. Cette opinion nous paraît difficile à admettre. Elle est démentie par un arrêt de la Cour de Toulouse (2), qui veut ainsi maintenir fermes les principes de nos lois modernes en tant qu'ils ont proscrit l'application de la contrainte facultative

(1) Com., t. I, p. 325.
(2) Arrêt du 29 fév. 1832.

au payement des dépens qui sont en effet dus *propter litem et non propter crimen*. C'est par les dommages et intérêts qu'on répare le mal causé. Les dépens ne sont que l'indemnité des procédures faites par le vainqueur. On ne peut éluder cette distinction en qualifiant de dommages et intérêts une condamnation que la loi prononce comme indemnité des frais de procédure et qu'elle désigne elle-même sous le nom de dépens.

Les dépens ne pourront donc jamais entrer dans le calcul qui doit porter à 300 fr. la somme des dommages pour que la contrainte facultative devienne possible. Mais notons ici, sauf à y revenir ensuite, que, d'après l'art. 23 de la loi du 17 avril 1832, le débiteur ne peut obtenir son élargissement qu'en les payant avec la somme qui a motivé son arrestation. Impuissants à faire naître l'emprisonnement du débiteur, ils peuvent cependant s'opposer à sa mise en liberté.

Une autre question délicate s'élève dans l'application du § 1er de l'art. 126. Il s'agit de savoir quelle est au juste l'étendue de cette expression, dommages et intérêts. Peut-on y comprendre la valeur à restituer qui fait l'obligation principale, ou faut-il uniquement désigner par ces mots la réparation pécuniaire d'un préjudice causé, réparation qui ne peut jamais être que l'accessoire, venant se joindre à l'obligation principale? Cette dernière interprétation est la juste. Elle est consacrée par un arrêt de Nancy, qui a déclaré que la contrainte par corps était inapplicable dans une restitution à faire des deniers indûment perçus.

La Cour, en ne condamnant qu'à la valeur des sommes détournées, sans y rien ajouter, estimait qu'il n'y avait pas eu de dommage appréciable causé, et ne pouvait, quelle que fût la mauvaise foi de la partie, lui appliquer l'art. 126 du Code de procédure.

En matière civile. — Sont donc exclues : Les matières commerciales, parce que la contrainte y est de droit et qu'on s'attache seulement à la somme de 200 fr. ; les matières criminelles ou correctionnelles, car les art. 52 et 469 du Code pénal déclarent expressément que les condamnations à l'amende, aux dommages et intérêts, et même aux dépens, à raison d'un crime ou d'un délit, pourront être poursuivies par la voie de la contrainte par corps sans aucune limitation de somme.

Malgré l'exclusion apparente des matières commerciales et pénales, des doutes peuvent s'élever.

Lorsque l'action civile est dirigée et suivie concurremment avec l'action publique, l'art. 52 du Code pénal est appliqué à l'exclusion de notre art. 126. Quelle que soit alors la quotité des dommages et intérêts adjugés, les juges qui statuent à la fois sur l'application de la peine et le payement de l'indemnité doivent, d'après l'art. 52, ordonner que l'indemnité sera poursuivie par la voie de la contrainte. Mais l'action civile à raison d'un crime ou d'un délit peut être intentée et suivie par la partie lésée, indépendamment de l'action publique devant les tribunaux civils. Appliquerons-nous alors l'art. 52 du Code pénal ou le premier paragraphe de l'art. 126 du Code de proc.

civ. ? Un individu m'a porté des coups et blessures. J'intente une simple action en indemnité devant le tribunal civil. Lors même que ces dommages et intérêts n'arriveraient pas à 300 fr., le tribunal devra-t-il m'accorder la voie de la contrainte, conformément à l'art. 52 ? Il est difficile d'admettre l'affirmative. On ne comprend guère comment un tribunal civil saisi par moi d'une action purement civile, d'une simple question de réparation pécuniaire, aurait qualité pour décider si cette action en indemnité se rattache à un fait prévu par la loi pénale. Il ne peut et ne doit donc appliquer là que l'art. 126. La Cour de Paris avait cru cependant que le choix fait par le demandeur ne devait pas lui enlever les garanties qu'il aurait trouvées devant la juridiction criminelle. Mais sa décision a été cassée.

2° Quant au deuxième paragraphe de l'art. 126, il est ainsi conçu : « *Pour reliquats de compte de tutelle, curatelle, d'administration de corps et de communauté, établissements publics ou de toute administration confiée par justice et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes.* »

Nous trouvons encore d'autres cas de contrainte facultative dans les art. 107, 213, 320, 534 du Code de procédure.

§ III. *Règles communes aux deux paragraphes précédents.*

En dehors de ces cas déterminés, il est expressément défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de rece-

voir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir de pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.

Ce n'est donc pas seulement contre les juges qu'elle protége les parties ; elle les protége contre leur propre faiblesse, et, consacrant le principe de l'inaliénabilité de la liberté, elle déclare nulle la convention de contrainte par corps. La partie qui l'aurait stipulée, pourrait même être passible de dommages et intérêts laissés à l'appréciation des tribunaux. Les officiers publics qui recevraient aussi des contrats et des actes dans lesquels la contrainte par corps serait illégalement stipulée, s'exposeraient à des dommages et intérêts.

Nous avons indiqué plus haut les deux circonstances où par exception la contrainte par corps peut être l'objet d'une convention. Quant au magistrat qui la prononcerait en dehors des cas prévus par la loi, il pourrait être poursuivi par la partie en dommages-intérêts conformément à l'art. 2063 : c'est ce qui équivaut pour le magistrat à une prise à partie ; car l'art. 505 du Code de procédure déclare que les juges peuvent être pris à partie quand la loi les déclare responsables à peine de dommages-intérêts.

Des motifs d'humanité ont aussi mis quelques personnes, en matière civile, à l'abri de cette voie d'exécution rigoureuse. Ce sont d'abord les mineurs. L'intérêt de la société exige que le temps de la croissance se passe au grand air et non dans les prisons. Telle est l'explication généralement admise de notre ar-

ticle 2064. M. Bigot-Préameneu invoque cependant ici une idée de lésion : « Si on voulait, dit-il, exercer la contrainte par corps pour l'accomplissement d'une obligation contractée par un mineur, il opposerait la loi qui le met à l'abri de toute lésion par suite de ses engagements personnels. Il n'est point de lésion plus grave que la privation de la liberté. La loi lui fait supporter la peine de ses délits, mais nul en matière civile ne peut le priver du privilége de la minorité (1). » Cette explication est vague. Elle paraît méconnaître le principe que *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus.* Nous supposons un acte juridique régulièrement fait par un mineur. Il doit alors produire les mêmes conséquences pour le mineur et pour le majeur, et si l'art. 2064 n'existait pas, le mineur pourrait-il se soustraire à la contrainte par corps en alléguant la lésion, le préjudice que lui causera la perte de sa liberté? Assurément non.

Notre article est donc inspiré par des sentiments d'humanité.

Mais le mineur a maintenant atteint sa majorité; il est poursuivi à raison d'un fait qu'il a commis étant mineur. Les juges pourront-ils prononcer contre lui la contrainte par corps ? Quoique la négative soit enseignée par M. Troplong (1), nous n'hésiterons pas à soutenir avec Jousse (2) et avec M. Duranton (3) que le droit commun doit reprendre son empire. La protection accordée par la loi n'a plus de raison

(1) 214, *Contrainte par corps.*
(2) Sur l'ordonnance de 1667, t. XXXIV, art. 9, note 6.
(3) T. XVIII, n° 475.

d'être, lorsque la cause de cette protection vient à disparaître.

Le mineur stellionataire, le mineur émancipé peut invoquer notre article qui ne distingue pas.

L'émancipation, qui ne fait pas disparaître la cause de notre article, ne donne d'ailleurs capacité au mineur que pour administrer ses biens et non pour les engager. Toutefois l'art. 52 du Code pénal assimile le mineur au majeur pour les amendes, dépens, dommages-intérêts auxquels son acte criminel donne lieu. La faiblesse de l'âge peut bien faire excuser des manquements purement civils, mais l'ordre public exige que devant les tribunuax criminels le mineur subisse la punition publique et ses conséquences.

Les besoins commerciaux ont également fait assimiler le mineur commerçant au majeur.

L'art. 2066 affranchit aussi de la contrainte par corps les septuagénaires. La vieillesse amène avec elle tant d'infirmités, qu'il serait cruel de venir y ajouter le supplice de la prison. Nous verrions même avec plaisir abaisser jusqu'à soixante ans la limite d'âge.

Notre article déclare qu'il suffit d'avoir commencé sa soixante-dixième année pour avoir droit au bénéfice. Il innove en ce point sur l'ancienne jurisprudence. Un arrêt du 6 septembre 1706 et deux autres de 1737 et de 1742, s'appuyant sur la loi 2, *de excus. tutelâ*, ne réputaient septuagénaires à l'effet de jouir de certains priviléges que ceux qui avaient passé

cet âge (1). Les septuagénaires doivent ête exemptés de la contrainte par corps même pour les dettes qu'ils auraient contractées avant cet âge, et pour lesquelles ils auraient été emprisonnés. Il faut en effet considérer l'état actuel de la personne contre laquelle on exécute, sans s'occuper de l'époque à laquelle l'engagement a eu lieu. Par ce motif, le majeur peut être incarcéré lorsqu'il est poursuivi pour un engagement pris en minorité. M. Troplong donne pourtant deux solutions différentes dans ces deux hypothèses qui sont les mêmes (2).

Toutefois le droit commun reprend son empire en présence du stellionat. Le septuagénaire qui se rend coupable de ce délit civil, ne mérite plus la protection de la loi. Il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence.

Les femmes et les filles sont également affranchies de la contrainte par corps par l'art. 2066, sauf au cas de stellionat. Pour conserver leur liberté, elles auraient peut-être consenti à des exigences de leur créancier contraires aux bonnes mœurs, ou sacrifié leur honneur pour obtenir des exécuteurs de la sentence quelques adoucissements à leur sort. Ce privilége n'est pas nouveau. Justinien (3) défend d'emprisonner pour dettes civiles les femmes, ou mariées, ou veuves, ou filles. Nous retrouvons les mêmes dispositions dans le grand coutumier de

(1) Pothier, pr. civ., Ve partie, chap. I.
(2) Troplong, p. 233, *Cont. par corps.*
(3) Novelle, 134, c. 9.

Charles VI (1). Mais, chose étonnante! le XVIe siècle fut plus barbare que le moyen âge. Il ne comprit pas quels égards sont dus à la faiblesse du sexe. L'ordonnance de Moulins (2) soumettait à la contrainte par corps les femmes et les filles puisqu'elle n'avait exempté que les femmes mariées « *à cause de l'autorité que le mari a sur le corps de sa femme et qui lui permettait toujours de la vendiquer.* »

Cette rigueur fut heureusement bien vite effacée, et l'ordonnance de 1667 (titre XXXIV, art. 8) nous rendit le régime sous lequel le Code civil nous a maintenus. Toutefois il existe un cas où le sexe, pas plus que la vieillesse, ne peut servir d'excuse : c'est celui de stellionat. Même dans ce cas on a cependant fait une distinction entre les femmes mariées qui sont séparées de biens ou qui ont des biens dont elles se sont réservé l'administration, et celles qui étant communes se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari. Elles sont présumées n'avoir joué qu'un rôle secondaire et subordonné, de sorte que c'est bien le cas de rappeler ici avec Pothier se brocard si connu : *Non videtur consentire qui obsequitur imperio patris vel domini* (3).

Aussi le Code déclare que les femmes communes ne peuvent être réputées stellionataires à raison des contrats dans lesquels elles se sont obligées conjointement ou solidairement avec leurs maris. Cette présomption est très-juste, car la femme commune étran-

(1) Livre II, chap. XVII.
(2) Brodeau sur Louet.
(3) Procéd. civ., Ve partie, chap. I, § 2, 2°.

gère aux affaires du ménage, ignore le plus souvent la situation de son mari (1).

Mais lorsqu'elles sont séparées de biens ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé l'administration, elles sont soumises à la contrainte par corps pour stellionat à raison des engagements qu'elles ont pris relativement à ces biens.

La faute qu'elles ont commise est leur œuvre personnelle; elles ne sauraient en rejeter l'odieux sur le mari, sous prétexte qu'elles ont dû lui demander son autorisation. Si le mari pouvait être déclaré responsable, pour se soustraire aux risques personnels, il refuserait son autorisation. Ce serait alors la justice qui donnerait son autorisation, et la justice ignorerait mieux encore que le mari les engagements antérieurs de la femme (2).

Tous les anciens auteurs nous montrent aussi la femme marchande publique contraignable par corps; il en est de même aujourd'hui, mais il faut que le commerce soit sa profession habituelle. Des actes isolés de commerce la laisseraient sous l'empire de l'art. 2066 du Code civil.

Pothier (procéd. civ., p. 5, chap. 1) nous dit aussi que dans l'ancien droit les gens de guerre étaient exempts de la contrainte par corps.

Mais les lois nouvelles n'ont pas consacré cette immunité des militaires. Les lois nouvelles qui se sont occupées de la question, tendent au contraire à les y

(1) Fenet, t. XV, p. 168.
(2) Riom, 30 décembre 1823. Dalloz, 12, 153, n° 8.

soumettre. La loi du 10 juillet 1791 (titre III, art. 63) décide que les officiers contre lesquels il aura été prononcée une condamnation de contrainte par corps seront réputés démissionnaires, si dans les deux mois ils n'ont pas contenté leurs créanciers. C'était reconnaître que la contrainte par corps pouvait s'exercer contre eux. Nous avons aussi un arrêté du 7 thermidor an VIII, relatif à l'exécution des lois sur la contrainte par corps contre les conscrits; il déclare expressément qu'il n'y a pas lieu de modifier en faveur des conscrits les lois qui, pour causes civiles ou commerciales, peuvent les faire tomber sous le coup de la contrainte par corps. La cour de Caen a cependant décidé que les militaires en activité de service ne sauraient être enlevés à leurs drapeaux par des motifs de pur intérêt privé; qu'un texte spécial était inutile ici; que l'exception aux règles communes dérivait d'une condition essentielle à la force militaire; que sans cela la sûreté publique, l'intérêt de l'État pourraient être compromis (1). La cour de Caen se rend ici coupable d'arbitraire; elle crée la loi; elle invoque surtout des motifs qui en temps de guerre peuvent être justes, mais qui ne sont pas sérieux lorsque le militaire est en garnison.

Sa doctrine est donc inadmissible, en présence surtout de l'ordonnance du 26 septembre 1842 qui, dans son art. 72, § 2, s'exprime ainsi : « Toutefois cette contrainte prononcée contre des militaires pré-

(1) Arrêt du 22 juin 1829. Dalloz, p. 406, *Cont. par corps.*

sents en Algérie et en activité sous les drapeaux, ne sera mise à exécution qu'un mois après l'avis donné par la partie poursuivante au chef de l'état-major de la division, qui en fournira récépissé. » Qui ne voit que si les militaires sont contraignables sur le sol africain où le voisinage de tribus hostiles rend leurs services si nécessaires, il doit *à fortiori* en être de même sur le sol français ! Ce que nous concédons à nos adversaires, c'est que la partie devra peut-être avertir à l'avance l'autorité militaire pour qu'elle puisse se mettre en mesure de remédier à la perte de l'officier passible de la contrainte par corps (1). Nous reconnaissons aussi qu'on ne pourrait arrêter le soldat en *faction* ni l'officier *marchant à la tête de son corps.* Mais ce qui affranchit ici l'officier, c'est moins son caractère que l'exercice d'une fonction publique extérieure, exercice qui affranchirait aussi le magistrat ou tout autre dépositaire de l'autorité publique (2).

Parlons maintenant des membres des assemblées politiques. Les députés jouissent d'une irresponsabilité complète pour leurs discours, écrits, opinions et faits émis à la tribune et dans l'exercice de leurs fonctions. A ce prix seulement, le député peut avoir dignité et indépendance.

En matière criminelle, il y avait des difficultés à résoudre.

(1) Pardessus. 1507. Coin-Delisle, p. 53; Troplong, n° 381.

(2) Tribunal de la Seine, 30 avril 1833. Tribunal supérieur d'Alger, 14 août 1836.

La qualité de député ne doit pas certainement assurer l'impunité des crimes ou des délits, mais l'indépendance nationale serait peut-être compromise, si les membres des assemblées politiques étaient livrés trop promptement aux tribunaux répressifs. On a tout concilié en soumettant *à l'autorisation préalable de la chambre*, sauf pour le cas de flagrant délit, les poursuites exercées en matière criminelle pendant la durée de la session contre un membre de la chambre des députés.

En ce qui touche la contrainte par corps, les chartes de 1814 et de 1830 assuraient l'inviolabilité de la personne des députés pendant toute la durée de la session et pendant les six semaines qui l'avaient précédée ou suivie (art. 51 et 43.) Une loi du 21 janvier 1851 s'opposa à ce que la contrainte par corps pût être exercée contre un représentant sans l'autorisation préalable de l'assemblée. Puis elle déclarait démissionnaire, tout représentant contre qui la contrainte aurait été autorisée, et qui ne se serait pas libéré dans les trois mois. Actuellement les députés au corps législatif ne sont pas contraignables par corps. L'art. 10 du décret organique du 2 février 1852 reproduit, à leur égard, la disposition de l'art. 51 de la charte de 1814, relatif aux membres de la chambre des députés. Mais nous ne pensons pas qu'il faille reconnaître aux sénateurs une immunité qui n'est écrite, ni dans les lois, ni dans la constitution, ni dans les décrets organiques.

Tous les empêchements que nous venons de parcourir sont des empêchements absolus. Il en est d'au-

tres qui sont relatifs, fondés sur les liens du sang, sur les rapports de parenté qui existent entre le créancier et le débiteur.

L'art. 19 de la loi de 1832 défend au juge de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur au profit de son mari ou de sa femme, de ses ascendants ou descendants, frères ou sœurs, ou alliés au même degré.

La loi ne pouvait consacrer de pareilles prétentions élevées par des personnes qui doivent, sinon s'aimer, au moins se respecter. La loi de 1848 est venue ajouter à la liste des créanciers auxquels sera opposée cette fin de non-recevoir, l'oncle et la tante, le grand-oncle et la grand'tante, le neveu et la nièce, le petit-neveu et la petite-nièce, ainsi que les alliés au même degré (art. 10.)

Nous mettons ici sur le même pied la parenté naturelle et la parenté légitime. Où serait d'ailleurs la raison de distinguer? Que la parenté soit naturelle ou légitime, les personnes, entre lesquelles la loi veut conserver au moins les apparences d'affection et de respect, ne sont-elles pas issues l'une de l'autre ou d'un auteur commun? Et puis, la contrainte par corps n'est pas si favorable qu'on doive s'emparer du silence de la loi pour étendre ses effets.

Même solution pour la parenté adoptive.

L'alliance produit les mêmes obstacles que le degré de parenté auquel elle correspond. Nous pensons aussi que même au cas de décès sans enfants du conjoint qui produirait l'alliance, même au cas de second

mariage du survivant, les prohibitions de la loi doivent subsister. Ces deux événements ne font pas, en effet, cesser la qualité d'allié que la loi avait établie entre le mari et les parents de sa première femme (1).

Il peut aussi arriver qu'un parent au degré indiqué plus haut se rende cessionnaire d'une créance ne procédant pas de son fait. Il est certain ici que le créancier ne pourra recourir à la contrainte par corps, quoique cette garantie ait été primitivement attachée à la créance ; on aboutirait, en effet, à ce que la loi veut éviter : l'incarcération d'un débiteur à la requête d'un parent.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse : J'ai cédé à un tiers la créance que j'avais contre un de mes parents. La contrainte par corps devient alors possible, car les rôles sont changés. Nous trouvons un débiteur ordinaire poursuivi par un créancier étranger, et le droit commun doit reprendre son empire, puisqu'il n'était paralysé que par des relations de famille qui n'existent plus.

L'intérêt de la famille a fait admettre au législateur un autre tempérament. Deux époux ne peuvent être contraints par corps simultanément pour la même dette (art. 21 de la loi de 1832) et même pour dettes différentes, a dit plus tard l'art. 11 de la loi de 1848. Il faut bien que le foyer domestique ait un défenseur, que les enfants aient un père ou une mère

(1) Cass., 24 fév. 1825. Deville, I, 272.

pour les élever, et le conjoint captif, quelqu'un qui puisse au dehors s'occuper de sa délivrance.

Remarquons bien que l'art. 21 défend seulement l'exercice simultané de la contrainte par corps contre le mari et contre la femme. Le juge devra donc prononcer la contrainte par corps contre les deux époux : ce sera ensuite au créancier à opter et à voir contre lequel des deux il lui convient de l'exercer.

Ils ne sont pas très-nombreux les cas où le mari et la femme peuvent être soumis conjointement à la contrainte par corps : on peut cependant citer le cas de stellionat commis ensemble par le mari et la femme, ou le cas d'effets de commerce signés par le mari et la femme marchande publique.

La fin de l'art. 11 de la loi de 1848 a peut-être même exagéré la protection due aux enfants du débiteur. Pour qu'on ait le temps d'assurer le sort des enfants pendant la durée de l'emprisonnement, elle permet aux juges de surseoir, pendant un an au plus, à l'exécution de la contrainte par corps.

Nous n'avons pas encore épuisé la liste des garanties que la loi a données à la liberté individuelle ; nous trouvons dans la modicité de la dette un obstacle à la contrainte par corps. Le créancier de quelques francs seulement n'a pas un intérêt assez grand pour que la société sacrifie la liberté d'un de ses membres. Ne peut-on pas d'ailleurs supposer que le débiteur qui ne paie pas une dette modique, est dans un tel état d'indigence que son emprisonnement achèverait sa ruine sans espérance et sans profit pour le créan-

cier (1). « La contrainte par corps ne peut donc être prononcée pour une somme moindre de 300 fr. » (Art. 2065.)

Lorsque deux dettes de causes différentes, inférieures chacune à 300 fr., ont été réunies et forment par leur réunion un total supérieur à 300 fr., peut-on prononcer la contrainte par corps? Se basant sur ce que la loi, qui défend l'emprisonnement pour une somme moindre de 300 fr., n'exige pas qu'on recherche l'origine de la dette lorsqu'elle dépasse ce chiffre, la cour d'Amiens avait cru pouvoir adopter l'affirmative (2). Mais cet arrêt a contre lui tous les auteurs et la jurisprudence. En effet, le débiteur qui a souscrit deux billets, l'un par exemple de 150 fr. et l'autre de 200 fr., n'a pas voulu se soumettre à la contrainte par corps, et de leur côté les deux créanciers n'ont pas songé à cette garantie. La réunion postérieure des deux créances dans la même main ne peut changer la position que le contrat avait faite aux parties. Sans cela toutes les garanties données par la loi deviendraient illusoires, et quoi de plus facile alors que d'éluder 2065! Les porteurs de billets n'auraient qu'à recueillir de nouvelles créances, et ils se créeraient ainsi un moyen d'exécution que jamais leurs débiteurs n'ont entendu leur conférer. L'arrêt de la cour d'Amiens est du reste combattu par un arrêt de la cour de Caen du 16 août 1843, c'est lui qui doit faire autorité (3).

(1) Fenet, t. XV, p. 180.
(2) Arrêt du 16 déc. 1835. Deville, 37, 2, 69.
(3) Deville, 44, 2, 182.

Mais on peut faire entrer les intérêts dans le calcul des 300 fr.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse de celle que nous avons examinée. La créance primitivement de 300 fr., a pu se diviser par suite de la mort du créancier qui a laissé deux héritiers. Le débiteur va-t-il profiter de ce cas fortuit? Incontestablement. La loi divise elle-même la créance entre les cohéritiers. Nous avons donc deux créances de 150 fr. chacune. Chaque cohéritier n'a donc pas un intérêt suffisant pour que la contrainte par corps soit prononcée. Je sais bien que par le partage la créance ne peut avoir été mise dans le lot d'un seul; mais les cohéritiers ne peuvent par leur convention ôter au débiteur le bénéfice d'une position que la loi lui a faite.

Dans notre ancienne jurisprudence, lorsque le débiteur ne s'était pas acquitté, l'âge de 70 ans accomplis pouvait seul lui ouvrir les portes de la prison. Il pouvait donc se faire qu'un débiteur incapable de payer une faible somme fût retenu prisonnier pendant la plus grande partie de sa vie. C'était là une cruauté inutile que la douceur de notre époque ne pouvait tolérer. Il est impossible du reste d'admettre qu'un homme cachera aussi longtemps ses ressources, que la haine pour son créancier le rendra assez ennemi de lui-même, pour le détourner d'un sacrifice pécuniaire qui lui rendrait sa liberté. Les lois nouvelles ont bien compris cette idée. Elles ne voient dans la contrainte par corps qu'une épreuve de solvabilité; aussi la font-elles cesser lorsque l'épreuve est jugée

suffisamment longue, quoique d'ailleurs elle n'ait pas abouti. La loi du 15 germinal an VI avait fixé à cinq ans le maximum de durée de la contrainte par corps en matière civile. Le Code se tut malheureusement sur ce point. On vit dans son silence une abrogation de la loi de l'an VI, en ce qui concernait les matières civiles, et le bon désir du créancier fut seul chargé de mettre un terme à l'emprisonnement du débiteur. Cette omission fut réparée par la loi de 1832. Son article portait que dans les matières civiles, la durée de la contrainte par corps qui devait être fixée par le jugement de condamnation, serait d'un an au moins et de dix ans au plus. Le législateur de 1832 se montrait donc plus sévère que celui de l'an VI, puisque le maximum était porté de cinq à dix ans. On voulait laisser au juge une grande latitude, pour qu'il pût dans certains cas se montrer très-sévère. Cette même loi de 1832 établissait aussi un maximum de vingt ans en matière commerciale, de plus une échelle de durée suivant la quotité de la dette.

Cette différence dans les maximum en matière commerciale et en matière civile s'explique par cette considération qne le commerçant qui ne paie pas est moins suspect que le débiteur civil, parce que son insolvabilité peut résulter d'imprudence, de cas fortuits, de secousses politiques qui laissent entière sa bonne foi.

Si nous ne trouvons pas d'échelle graduée sur la quotité de la dette en matière civile, c'est que là on regarde moins la somme que les circonstances de la

dette. On laisse donc le champ libre aux appréciations de la jutice. En matière commerciale, au contraire, une échelle était possible, « parce que la loi, en attachant la contrainte par corps à toutes les dettes commerciales sans distinction, part de motifs qui sont les mêmes pour tous les débiteurs (1). » Le juge n'avait donc pas de circonstance à apprécier, puisque le plus ou le moins de mauvaise foi n'est pas ici en jeu.

Le régime sous lequel nous vivons actuellement est celui de la loi de 1848. Son art. 12 établit un minimun de six mois et un maximum de cinq ans pour toutes les matières civiles. Mais les lois spéciales qui attribuent à la contrainte par corps une durée moindre continuent d'être observées.

Le jugement de condamnation doit toujours fixer la durée de la contrainte (art. 7 de la loi de 1832). En cas d'omission, qu'arrivera-t-il ? M. Coin-Delisle a pensé que la durée de plein droit était alors celle du minimum (2). Mais cette opinion n'est pas admissible. On ne peut parler ici de minimum qu'en se fondant sur l'opinion probable du tribunal, qu'en interprétant son silence : or la loi défend ces inductions, puisqu'elle veut que le tribunal statue formellement sur la durée. Nous dirons donc avec la Cour de cassation, dont la jurisprudence est aujourd'hui fixée sur ce point (3), qu'il y lieu à cassation. L'affaire doit être renvoyée à d'autres juges, puisqu'il y a violation

(1) Troplong, *Cont. par corps*, p. 342.
(2) P. 94, n° 5.
(3) 12 Nov. 1838 ; Devill., 39, 1, 147.

de l'art. 7 de la loi de 1832 qui ordonne à tout jugement de condamnation de déterminer la durée de la contrainte par corps.

La loi donne encore d'autres garanties au débiteur. C'est ainsi qu'il ne peut être emprisonné qu'en vertu d'un jugement. Alors même que la contrainte par corps est autorisée par la loi, il faut un ordre formel du juge. On a voulu que les tribunaux intervinssent entre les parties, car la liberté des citoyens est un bien trop précieux pour qu'elle puisse être compromise par une interprétation vicieuse ou la mauvaise foi (1). L'art. 2067 prescrit donc la nécessité d'un jugement, c'est-à-dire d'une décision contradictoire, rendue en présence du débiteur ou après qu'il aura été légalement appelé. Une ordonnance de référé du président du tribunal ne serait pas un titre valable pour exercer la contrainte par corps. Mais la sentence du juge de paix, lorsque le fait est de sa compétence, la prononcerait valablement : même solution pour le jugement des arbitres forcés (2). En ce qui touche le jugement des arbitres volontaires, Mᵉ Pardessus hésite (3). Il croit que le droit de prononcer la contrainte par corps ne peut appartenir qu'à des juges qui tiennent leur pouvoir de la loi ; que sans cela la liberté pourrait devenir l'objet d'un compromis. Mais ce sont là des scrupules exagérés auxquels la jurisprudence ne s'est pas ar-

(1) Fenet., t. XV, p. 183.
(2) Art. 51, Code de com.
(3) Nº 1404, *Cours de droit com.*

rêtée (1). M. Pardessus se contredit lui-même ; car, au début du numéro où il expose ses doutes, il déclare que le jugement arbitral a la même force que s'il émanait des tribunaux ordinaires en ce qui touche les parties qui ont compromis. Les arbitres sont donc compétents pour prononcer la contrainte par corps, qui n'est que l'accessoire du principal dont ils ont le droit de connaître. La décision des arbitres est appelée par la loi jugement arbitral (art. 1016, proc. civ.). Et comme les arbitres ne peuvent prononcer la contrainte par corps que dans les cas où les tribunaux la prononceraient, rien ne ressemble moins à un compromis qui pourrait porter atteinte à la liberté.

Une autre règle générale, c'est que le juge ne doit prononcer la contrainte par corps qu'autant qu'elle lui est demandée. Encore le créancier ne peut-il la réclamer à un moment quelconque. Il faut qu'il la demande dans le courant même du procès qui met le principal en question. Une fois la clôture des débats prononcée, tout est fini. Une autre demande principale pour obtenir la contrainte par corps ne serait pas recevable ; le créancier est présumé y avoir renoncé. Défense également d'y conclure en appel. Ce serait former une demande nouvelle, et violer l'article 464 du Code de procédure civile, qui ne permet de soumettre à la Cour que les questions sur lesquelles le tribunal civil s'est déjà prononcé.

En sens inverse, le débiteur peut quelquefois obte-

(1) Cass., 1er juil. 1823. Devil., 7, 1, 280. Pau, 4 juil. 1821. (Dal., t. I, p. 709.) *Palais*, t. I, p. 448.

nir des délais qui suspendent l'exercice de la contrainte par corps, mais il faut qu'il les demande avant que le tribunal ait statué sur la contestation.

Nous devons étudier maintenant l'art. 127 du Code de procédure civile, sur lequel s'élèvent quelques difficultés. Il est ainsi conçu : « Pourront les juges, dans les cas énoncés en l'article précédent (1), ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la contrainte par corps, pendant le temps qu'ils fixeront, après lequel elle sera exercée sans nouveau jugement. Ce sursis ne pourra être accordé que par le jugement qui statuera sur la contestation, et qui énoncera les motifs de délai (2). » Les juges peuvent-ils, hors les cas mentionnés en l'art. 126, surseoir à l'exécution de la contrainte par corps ? Non, puisque l'art. 127 se rattache expressément à l'article 126. C'est là l'opinion de M. Boitard. M. Carré reconnaît comme l'auteur précédent que, dans tous les cas où la contrainte par corps est de droit, le juge ne peut pas accorder de sursis. Ce serait un refus partiel d'appliquer une loi qu'il ne peut, sous aucun prétexte, se dispenser d'appliquer. Mais il est d'autres cas que ceux de l'art. 126, où la contrainte par corps est facultative : tels sont les cas prévus par les art. 213 et 534 du Code de procédure civile. Il semble donc que le motif qui a déterminé la disposition de l'art. 127 est applicable à ces derniers

(1) C'est-à-dire dans les condamnations pour dommages-intérêts ou reliquats de compte.

(2) Art. 122, procéd. civ.

comme aux autres (1). M. Troplong soutient un troisième système : Bien que l'art. 127 renvoie au précédent, M. Troplong a cru que le juge pouvait toujours accorder des délais, même au cas de contrainte impérative (2). Aujourd'hui la loi de 1848, art. 11, permet au juge d'accorder un sursis d'un an au plus seulement au débiteur qui aura des enfants mineurs.

Nous avons dit que la contrainte par corps ne pouvait s'exécuter qu'en vertu d'un jugement. Cette règle n'est pas absolue. Nous trouvons une dérogation dans l'art. 519 du Code de procédure civile. Il soumet à la contrainte par corps la caution judiciaire par l'effet seul de sa soumission au greffe sans qu'il soit besoin d'obtenir de jugement contre elle. — Si les témoins réassignés sont encore défaillants, ils seront aussi condamnés et par corps à une amende de 100 francs; c'est le juge-commissaire qui la prononcera (art. 264, proc. civ.) Toutefois la liberté est un bien si précieux qu'on peut toujours appeler du chef du jugement qui vous condamne à la contrainte par corps, alors même que la question principale du débat est jugée en dernier ressort. Mais l'appel n'est pas suspensif. Déjà proclamé par la loi de 1832, ce principe a été consacré de nouveau et avec une portée bien plus large dans la loi de 1848, art. 7 : « Le débiteur contre lequel la contrainte par corps aura été prononcée par jugement des tribunaux civils

(1) Carré, *Procéd. civ.*, question 542.
(2) Troplong, *Cont. par corps*, p. 255.

ou de commerce, conservera le droit d'interjeter appel du chef de la contrainte, dans les trois jours qui suivront l'emprisonnement ou la recommandation, lors même qu'il aurait *acquiescé* au jugement, et que *les délais ordinaires de l'appel seraient expirés.* Le débiteur restera en état. » Remarquons que cet article s'applique à toute espèce de dettes civiles et commerciales; mais les jugements rendus en *matière correctionnelle et de police* n'y sont pas compris.

Nous avons étudié dans cette première section plusieurs règles générales qui, inscrites dans le Code civil, sont par conséquent la base de notre législation et trouveront par là même leur application dans les sections suivantes.

SECTION II.

CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE COMMERCIALE.

En matière commerciale la contrainte par corps forme le droit commun. Elle garantit toutes les créances d'une certaine importance du moins. Aussi c'est au point de vue commercial qu'on s'est placé surtout pour attaquer cette institution. Ses adversaires prétendent qu'elle est injuste et surtout inutile, mais nous allons voir que toutes ces accusations sont peu fondées. Nous avons déjà touché aux raisons qui ont déterminé le droit commercial à faire de la contrainte par corps la sanction de tous les engagements commerciaux. La rapidité des opérations commerciales, la nécessité de saisir au vol l'occasion, l'im-

possibilité de s'entourer de garanties, forcent le créancier à se fier plutôt à la personne de son débiteur qu'à son patrimoine. De plus le crédit d'une caisse se lie au crédit de l'autre, de sorte que vingt comptoirs ressentiront peut-être le contre-coup d'une seule ruine. Le commerçant qui contracte une dette ne s'oblige donc pas seulement à en payer le montant, mais encore à le payer à un moment précis. Telles sont les principales raisons qui ont toujours porté le commerce à repousser les tendances philosophiques dont l'exagération eût tari une des principales sources du crédit et enlevé aux transactions leur sûreté principale. Montesquieu le disait déjà dans son livre immortel sur l'esprit des lois (1) : « Les négociants étant obligés de confier de grandes sommes pour des temps souvent fort courts, de les donner et de les reprendre, il faut que le débiteur remplisse toujours au temps fixé ses engagements, ce qui suppose la contrainte par corps.

Aujourd'hui le commerce, dont l'opinion puisée dans l'expérience et le maniement des affaires mérite bien d'être prise en considération, répugne à l'abolition projetée (2). Il est convaincu que la disparition subite de cette garantie apporterait une perturbation profonde dans les places commerciales.

(1) Livre XX, chap. XV.

(2) « La preuve que le commerce prend au sérieux la contrainte par corps, c'est que, toutes les fois que nous avons interrogé les chambres et les tribunaux de commerce, ils nous ont répondu en demandant son maintien. » Sénard, ministre de l'intérieur, 1er septembre 1848.

Ajoutons que cette conviction ne date pas d'aujourd'hui. Dans les législations anciennes, la coaction personnelle a toujours été l'*ultima ratio* des créanciers commerciaux (1).

Abordons maintenant les textes de la loi, et voyons les reproches adressés spécialement à chaque disposition.

Aujourd'hui la contrainte par corps en matière de commerce a été constituée d'une manière générale par l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832.

Aux termes de l'art. 1er de cette loi, la contrainte par corps sera prononcée, sauf des exceptions, contre toute personne condamnée pour dette commerciale au payement d'une somme principale de 200 francs et au-dessus. Si la dette était inférieure à cette somme, l'intérêt du créancier ne serait pas assez grand pour justifier l'emploi de cette mesure rigoureuse. En ce point la loi de 1832 consacre un progrès sur la loi de germinal an VI, qui n'avait pas fait cette distinction. Seulement notre loi ne définit pas la dette commerciale ; mais il suffit de recourir aux art. 632 et 633 du Code de commerce, où se trouvent énumérées les différentes causes qui rendent commercial un engagement.

Nous remarquerons seulement qu'un particulier

(1) « Dans les affaires qui dérivent des contrats civils ordinaires, la loi ne doit point donner la contrainte par corps, parce qu'elle fait plus de cas de la liberté d'un citoyen que de l'aisance d'un autre. Mais, dans les conventions qui dérivent du commerce, la loi doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen. » Montesquieu, livre XX, ch. xv.

non commerçant peut être passible de la contrainte par corps, par suite d'un engagement qui n'a pas pour cause des opérations commerciales : tel est le cas où il a souscrit une lettre de change ; la lettre de change est en effet considérée par elle-même comme acte de commerce, puisqu'on met en circulation une valeur commerciale destinée à avoir le cours de la monnaie. Les adversaires de la contrainte par corps soutiennent que c'est là une porte ouverte à la fraude; que par là on élude facilement la loi qui soustrait à la contrainte par corps les engagements civils ordinaires, puisqu'il suffit de déguiser son emprunt sous la forme d'une lettre de change. Ils objectent enfin que l'on rencontre moins de commerçants incarcérés que de jeunes gens prodigues, que d'hommes de lettres, victimes de l'usure et étrangers au commerce.

Nous répondons à cela que les conditions apposées à la création d'une lettre de change sont assez nombreuses pour que l'engagement ne soit pas seulement fictivement commercial. La loi ne veut pas qu'on puisse arriver par une voie détournée à ce qu'elle défend directement, c'est-à-dire à l'aliénation volontaire de la liberté. Aussi, l'art. 112 du Code de commerce répute-t-il simples promesses les lettres de change supposées; les tribunaux de commerce pourront toujours ôter le masque, et s'il reste un simple engagement civil, ils n'hésiteront pas à dépouiller la lettre de toute action contre la personne du débiteur.

Il est donc injuste le reproche que l'on fait à la

loi de couvrir également de sa protection la lettre de change simulée et l'engagement véritablement commercial, puisque les art. 112 et 637 du Code de commerce ouvrent toutes facilités au souscripteur pour prouver l'absence de remise de place en place, la supposition de lieux ou autres vices qui enlèvent à la lettre de change sa valeur commerciale.

En 1828, M. Jacquinot-Pampelune demandait que la lettre de change souscrite par un non-négociant ne fût considérée comme commerciale qu'autant que le porteur prouverait que la signature a eu pour cause de véritables opérations de commerce ou de change. Mais heureusement le législateur de 1832 a passé outre ; car, « si pour user de la contrainte par corps contre l'un des signataires, dit M. Bravard, on était astreint à justifier qu'il est commerçant ou qu'il s'est engagé pour un fait commercial en soi, il y aurait, ou du moins il pourrait y avoir, autant de procès que de signataires : et la lettre de change discréditée d'avance par la perspective de toutes ces contestations possibles, n'aurait véritablement plus cours, elle serait démonétisée (1). » Or, sur les vingt-six milliards qui constituent le fonds de roulement du commerce français, le numéraire et les billets de banque entrent à peine pour quinze cent millions (2). Tout le reste est fourni par les billets à ordre ou les lettres de change, immense valeur qu'on ne peut songer à retirer de la circulation. En présence de ce rôle

(1) M. Bravard, à l'Assemblée nationale, séance du 13 déc. 1848.

(2) M. Bonjean, à l'Assemblée nationale, 1er septembre 1848.

important, il faut conserver à la lettre de change tous ses éléments de crédit. Puisque chaque citoyen peut, par sa signature, donner une valeur réelle au papier, puisqu'il peut en quelque sorte battre monnaie, il est juste qu'il soit soumis à des obligations rigoureuses, et qu'il paye de sa liberté non-seulement sa mauvaise foi, mais même son imprudence.

Quant aux billets à ordre, ils ne sont présumés actes commerciaux et n'emportent la contrainte par corps, à moins qu'ils n'aient été souscrits par des négociants, ou qu'ils n'aient pour cause des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. Ce sont les propres termes de l'art. 3 de la loi du 17 avril 1832.

Nous rencontrons ici une question d'un grand intérêt, sur laquelle la Cour de cassation paraît actuellement fixée. Elle consiste à savoir si les associés commanditaires ou les souscripteurs d'actions, dans une société anonyme, peuvent être poursuivis par la voie de la contrainte par corps, pour le versement des sommes par eux promises. La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 28 février 1844 (1), que le fait de souscrire en qualité de commanditaire, dans une société commerciale, constituait un acte de commerce qui soumettait le souscripteur, même non commerçant, à la contrainte par corps, pour l'exécution de son obligation.

Cette solution a rencontré une grande opposition dans le monde de la science. Les commanditaires, en

(1) Dalloz, an. 1844, part. I, p. 145 et suiv.

effet, sont *de simples bailleurs de fonds.* Ils n'entrent pas dans la société, leurs capitaux seuls y sont engagés ; leurs noms demeurent inconnus du public, puisque la commandite est précisément créée pour ceux qui, condamnés à s'abstenir du commerce par suite de leur position, des devoirs de leur profession, voudraient cependant y engager leurs capitaux sans y engager leur personne, participer à des entreprises commerciales, sans faire eux-mêmes le commerce. Ils demeurent, en effet, étrangers à tous les actes de la gérance auxquels il leur est défendu de s'immiscer.

Ce sont de simples prêteurs qui ont versé leurs fonds dans une entreprise industrielle que d'autres sont chargés de diriger. Comme dit M. Delangle (1), il y a là un prêt qui ne prend pas assurément le caractère commercial, parce qu'il est fait à un commerçant.

La jurisprudence de la Cour de cassation est essentiellement funeste aux sociétés en commandite ; elle apporte un obstacle puissant au développement de ces sociétés, car, pour être logique, elle doit décider que le magistrat devient commerçant par cela seul qu'il place des fonds en commandite dans une maison de commerce, qu'il s'expose dès lors à des peines disciplinaires, que l'avocat doit, par exemple, être rayé du tableau. Or, ce résultat est inadmissible.

Cette jurisprudence a, du reste, contre elle les tex-

(1) Société commerciale, n° 314.

tes de loi. Les art. 632 et 633 du Code de commerce, ont désigné les actes qui doivent être réputés actes de commerce. Or, non-seulement aucun de ces articles ne met au nombre des actes de commerce le fait de prendre à titre de commanditaire un intérêt dans une société en commandite, mais encore, il serait impossible de rattacher ce fait à aucun des cas que ces articles désignent (1).

Mais, lancée dans cette pente, la jurisprudence ne pouvait s'arrêter. Elle a poussé jusqu'au bout les conséquences de son système, et elle prononce également la contrainte par corps contre les souscripteurs d'actions des sociétés anonymes. (Arrêts de Paris des 20 fév. et 20 nov. 1847.)

Malgré la généralité des termes de l'art. 1er de la loi de 1832, qui prononce la contrainte par corps contre toute personne condamnée pour dette commerciale, nous trouvons en cette matière des exemptions absolues d'abord, relatives ensuite :

Pour que les femmes et les filles soient contraignables, il faut qu'elles soient légalement réputées *marchandes publiques*. (Art. 2 de la loi de 1832.) Le commerce n'est possible pour la femme qu'autant qu'elle est relevée de son incapacité. Les anciens auteurs nous montrent qu'il en était ainsi dans l'ancien droit (2), mais il faut que le commerce soit la

(1) Dans le même sens : Delangle, déjà cité. Pardessus, V, n° 1510. Pont, *Revue de législation*, 1844, t. XX, p. 352. — Paris, 28 fév. 1842. Rouen, 6 août 1841, D. P. 42, 2, 223, 96.

(2) Brodeau sur Louet, lettre F, t. II. — Ordonnance de 1667, titre XXXIV, art. 312, 315, 355, 533.

profession habituelle de la femme ; des actes isolés de commerce laisseraient subsister l'incapacité.

Mais le mari commun en biens et que l'art. 220 du Code civil rend responsable des engagements contractés par sa femme marchande publique, sera-t-il contraignable par corps? Nous disons non, quoique le vieux proverbe : *Le tablier de la femme oblige le mari*, ait fait dire oui à l'ancienne jurisprudence (1). Il se peut sans doute que *sous le tablier de la femme se cache le mari*, mais la présomption n'est pas fondée; il ne reste donc de la part du mari qu'une obligation civile qui ne peut lui faire perdre la liberté. C'est là ce que nous dirions et ce qui suffirait en l'absence de texte, pour prouver que la contrainte par corps est une sanction toute porsonnelle qui ne peut rejaillir de la femme sur le mari. Mais toute controverse doit disparaître devant l'art. 21 de la loi de 1832, jointe à celle de 1842, qui défend d'exercer *simultanément* la contrainte par corps contre le mari et la femme, soit pour la *même* dette, soit pour des dettes *différentes*.

Sont aussi affranchis de la contrainte par corps, les mineurs non commerçants ou qui ne sont point réputés majeurs pour fait de leur commerce. (Art. 1 de la loi de 1832.) Il en était ainsi dans l'ancien droit (2).

Nous avons déjà dit que la contrainte par corps était personnelle et devait être restreinte à la personne qui avait pris l'engagement. De ce principe découle

(1) Dumoulin, sur la coutume de Paris, art. 114.
(2) Pothier, procéd. civ., p. 361.

le § 3 de l'art. 2 de la loi de 1832 : « Ne sont point soumis à la contrainte par corps les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce assignés devant ces tribunaux en reprise d'instance et par action nouvelle en raison de leur qualité. »

A l'égard des septuagénaires, il y a accord entre les lois civiles et commerciales : dans les deux cas, exemption de la contrainte par corps.

Nous devons maintenant signaler les exemptions relatives : les rapports de parenté et d'alliance devaient, en matière commerciale comme en matière civile, être un obstacle à la contrainte par corps. Il faut se reporter à ce que nous avons déjà dit sur ce point en matière civile.

Il existe dans l'ancienne jurisprudence une exemption relative que les lois modernes n'ont pas reproduite : on avait cru que l'espèce de fraternité qui résulte de l'association de deux personnes devait être un obstacle à la contrainte par corps. Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, la contrainte par corps n'était donc pas prononcée entre associés.

Mais en face du silence absolu de toutes les lois successives sur cette matière, il est impossible de conserver cette exception.

La contrainte par corps n'a pas lieu en matières commerciales pour une somme inférieure à 200 fr. Mais il existe ici une autre différence radicale entre le Code de commerce et le Code civil. Celui-ci permet de compléter le chiffre de 300 fr., de joindre les accessoires au principal. Celui-là veut que la somme de 200 fr. soit une *somme principale*. La règle est

confirmée par l'art. 4 de la loi de 1848, qui parle toujours du principal, sans tenir compte des accessoires. Les *frais* et les *intérêts* échus avant ou depuis la demande, ne pourraient donc venir ici compléter la somme de deux cents francs.

Il est aussi défendu de joindre ensemble deux dettes différentes pour faire prononcer la contrainte par corps, là où une seule des dettes ne le permettrait pas. Sans cette défense, les dispositions de la loi eussent été illusoires, car plusieurs créanciers eussent réuni leurs créances dans une seule main pour faire emprisonner un débiteur contre lequel ils ne pourraient exercer séparément la contrainte par corps (1).

L'épreuve de solvabilité doit être aussi plus ou moins longue, suivant le chiffre de la dette. La loi de 1832 établit dans ce but d'abord un minimum et un maximum, ensuite une *échelle proportionnelle*.

Mais de nouveaux adoucissements ont été apportés par la loi du 13 décembre 1848, dont l'art. 4 nous régit. Aujourd'hui la durée de la détention doit se calculer ainsi : au-dessous d'une condamnation principale de 500 fr., trois mois de prison ; — au-dessous de 1,000 fr., six mois; — au-dessous de 1,500 fr., neuf mois; — au-dessous de 2,000 fr., un an ; — au-dessous de 2,500 fr., quinze mois ; — au-dessous de 3,000 fr., dix-huit mois, et ainsi de suite,

(1) Arrêt de Caen, du 16 août 1843. Arrêt de Paris, du 30 avril 1845, dans la *Gazette des Tribunaux*, du 10 mai 1845.

jusqu'à ce qu'on arrive à la somme de 6,000 fr., et au-dessus, à laquelle correspond trois ans, nouveau maximum de la contrainte par corps commerciale.

SECTION III

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS CONTRE LES ÉTRANGERS.

La condition des étrangers en ce qui touche notre matière est réglée par les art. 14 et suivants de la loi de 1832 : Tout jugement qui est rendu contre un étranger non domicilié en France, au profit d'un Français, emporte la contrainte par corps, sans distinction entre les dettes civiles et commerciales, pourvu toutefois que la somme principale de la condamnation ne soit pas inférieure à 150 fr.

Cette sévérité n'est pas, quoiqu'on l'ait dit, un reste des temps barbares où le mot *étranger* désignait un ennemi. Nul pays n'est plus hospitalier que la France ; mais le législateur ne devait pas oublier la protection due à ses nationaux qui se trouveraient dans un état d'infériorité réelle si la contrainte par corps n'était là pour assurer le remboursement des sommes qu'ils ont prêtées aux étrangers. Le Français n'a pas besoin de la contrainte par corps vis-à-vis d'un Français : c'est en France que le débiteur a ses propriétés, c'est là qu'il a sa famille qui s'intéresse sans doute à lui, c'est là qu'il a sa réputation d'homme d'honneur à cseronver intacte ; aussi tout fait présumer que la condamna-

tion rendue contre lui sera efficace. L'étranger, au contraire, n'a point de racines dans le pays; rien ne l'attache au sol français; il n'y vient qu'avec le désir de faire promptement fortune ou de vivre dans le luxe : aussi, au moindre signal de poursuites il disparaîtra, laissant son débiteur armé d'un jugement de condamnation qui ne peut que difficilement l'atteindre. La faveur que l'on croirait faire aux étrangers en leur accordant le bénéfice du droit commun se retournerait donc contre eux : les petits fournisseurs, les hôteliers ne traiteraient qu'au comptant, sous peine d'être constamment trompés.

L'expérience a, du reste, été faite sous l'empire du Code civil qui ne soumettait pas les étrangers à un droit spécial, et de grands scandales se sont produits. Merlin (1) cite un grand seigneur russe qui disparut de Paris, laissant derrière lui un grand nombre de dupes sans armes contre sa mauvaise foi.

L'esprit public était encore sous l'impression de cette aventure quand fut portée la loi de 1807 (10 septembre).

Le rapporteur était M. Treilhard, et les motifs qu'il invoquait alors devant le Corps législatif ont conservé toute leur force. Il montrait que le projet de loi, sévère en apparence, reposait sur une grande justice et sur une rigoureuse nécessité; que les étrangers eux-mêmes seraient victimes d'une jurisprudence contraire, et que l'usage de la contrainte par corps contre les étrangers pour dettes civiles avait été universel

(1) Quest. de droit, au mot *Etranger*, § 4, n° 2.

en France jusqu'à l'époque où l'exagération des idées philanthropiques fit supprimer entièrement la contrainte par corps (1).

Les dispositions de la loi de 1807 ont été presque littéralement conservées dans la loi de 1832 que nous allons examiner.

Toute condamnation de 150 fr., prononcée au profit d'un Français contre l'étranger non domicilié en France, emporte donc la contrainte par corps. Le minimum de 300 fr. déterminé par l'art. 2065 du Code civil était ici trop élevé : beaucoup de petits fournisseurs n'eussent pas été protégés, et ce sont eux qui ont le plus besoin de protection ; d'un autre côté, quelques francs ne méritent pas qu'on atteigne la liberté d'un étranger. La somme de 150 fr. a paru concilier le pour et le contre.

Remarquons que dettes civiles et dettes commerciales sont ici assimilées. C'est là une grande différence entre l'étranger et le Français, qui, pour dettes civiles, n'est que rarement contraignable. Enfin, contre le Français la contrainte par corps doit être expressément prononcée par le jugement sur la demande du créancier, tandis que le jugement produit virtuellement cet effet contre l'étranger, sans qu'il y ait eu demande préalable. C'est là ce qui résulte du terme énergique dont se sert la loi : *emporte* contrainte.

Mais cette rigueur n'est exercée que contre l'étranger non domicilié en France. Lorsque l'étranger jouit du bénéfice de l'art. 13, lorsqu'il a obtenu du gou-

(1) Merlin, question de droit, mot *Etranger*, § 1, n° 5.

vernement l'autorisation de fixer son domicile en France, la loi de 1832 ne lui est plus applicable.

Pour que l'étranger soit ainsi contraignable par corps, il faut que le jugement soit rendu au profit d'un Français contre un étranger : c'est aux nationaux seuls que les tribunaux français doivent protection. Mais il se peut que le demandeur, tout en étant étranger, soit domicilié en France et jouisse des droits civils d'après l'art. 13 du Code civil. Quelle solution donnerons-nous dans ce cas ? M. Troplong (1) refuse à l'étranger le bénefice de l'art. 14 de la loi de 1832; car, en dépit de l'autorisation qu'il a obtenue de fixer son domicile en France, l'étranger n'en demeure pas moins étranger. La Cour de Paris, dans des arrêts du 8 janvier 1831 et du 21 mars 1842, a jugé la question dans ce sens. M. Pardessus qui soutient l'opinion contraire (2) a cru que ce droit de l'art. 14 était un de ces droits civils à la participation desquels l'autorisation du roi initie l'étranger d'après l'art. 13 du Code civil. Mais il se trompe sur la nature de ce droit, qui ne règne pas de Français à Français, qui sort du droit commun, et se rattache au droit public et politique.

Supposons maintenant que la créance d'un étranger contre un étranger a passé par cession dans les mains d'un Français. Celui-ci actionne l'étranger devant nos tribunaux. Le jugement de condamnation emportera-t-il la contrainte virtuelle qui est écrite

(1) *Cont. par corps*, n° 498.
(2) *Cours de droit commercial*, n° 1524.

dans l'art. 14? M. Troplong le croit (1). L'opinion contraire nous paraît préférable. Je sais bien que l'art. 14 ne s'occupe pas de l'origine de la dette. Mais comment le créancier a-t-il pu céder plus de droits qu'il n'en avait lui-même? Au moment du contrat les parties n'ont pas prévu la contrainte par corps et ce serait aggraver la position du débiteur : *Il ne doit pas dépendre du créancier de faire produire à l'obligation des effets que n'a ni prévus ni consentis le débiteur* (2).

Le législateur est allé plus loin. L'art. 14 seul n'eût accordé qu'une protection illusoire. L'assignation, la publicité qui précède le jugement eussent averti l'étranger du péril qu'il courait, et certainement il eût franchi la frontière quand le jugement eût été rendu contre lui. Il fallait donc que le créancier pût s'assurer de la personne du débiteur avant que l'éveil eût été donné. C'est ce qu'a fait l'art. 15 de la loi de 1832. Auparavant, l'art. 2 de la loi du 10 septembre 1807 portait : « Avant le jugement de condamnation et après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel se trouve l'étranger non domicilié, pourra, s'il y a des motifs suffisants, ordonner son arrestation provisoire sur la requête des créanciers français. » Cette disposition se retrouve textuellement dans la première partie de l'art. 15 de la loi de 1832 qui ajoute : « Dans ce cas le créancier

(1) *Cont. par corps*. n° 503.

(2) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, 397.

sera tenu de se pourvoir en condamnation dans la huitaine de l'arrestation du débiteur, faute de quoi celui-ci pourra demander son élargissement. La mise en liberté sera prononcée par ordonnance de référé, sur une assignation donnée au créancier par l'huissier que le président aura commis dans l'ordonnance même qui autorisait l'arrestation, et, à défaut de cet huissier, par tel autre qui sera commis spécialement. »

Ainsi, pour que l'art. 15 soit applicable, la dette doit être échue, exigible, le créancier doit être Français ; disons aussi que, selon quelques auteurs, ce peut être un étranger admis à la jouissance des droits civils. Le débiteur doit être un étranger non domicilié. Nous verrons plus bas que l'étranger même non domicilié qui offre certaines garanties à son créancier, échappe à la rigueur de cette disposition.

La question de cession de créance, que nous avons examinée précédemment au point de vue de la contrainte par corps, revient ici au point de vue de l'arrestation provisoire. Aux raisons développées pour soutenir notre opinion, nous ajoutons cette considération que l'étranger peut ici décliner la compétence des tribunaux français ; dès lors, quand cesserait l'emprisonnement? Jamais peut-être, puisqu'il aurait lieu pour une dette sur laquelle les tribunaux français n'auraient pas le droit de prononcer. Telle est aussi l'opinion de Merlin (1). Il invoque en outre l'axiome que le cessionnaire d'une créance est soumis de la

(1) Recueil de questions, au mot *Étranger*, § 4.

part d'un débiteur aux mêmes exceptions que l'eût été son cédant.

Merlin toutefois déroge avec raison à la règle pour le cas où il s'agit d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un effet négociable. L'étranger qui a souscrit une pareille obligation au profit d'un autre étranger, n'est pas seulement lié envers celui-ci. Il s'est lié envers tous ceux au profit desquels son obligation pourrait être endossée. Le Français cessionnaire d'un étranger sera donc, dans ce cas, admis à réclamer l'emprisonnement de son débiteur.

Les circonstances examinées, le président du tribunal ordonnera l'arrestation provisoire, s'il la croit nécessaire. L'exhibition des titres n'est pas nécessaire ; il suffit que la créance présente un caractère sérieux. Le président du tribunal jouit donc d'un grand pouvoir, mais la célérité et le silence qui sont urgents ici ne permettaient pas de convoquer le tribunal entier : on doit craindre de donner l'éveil au débiteur.

Il ne faut pas cependant se jouer de la liberté de l'étranger ; aussi l'art. 16 défend d'ordonner l'arrestation provisoire, ou déclare qu'elle devra cesser si l'étranger justifie qu'il possède un établissement de commerce ou des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement de sa dette, ou s'il fourni pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable. La loi ne tient pas compte d'une fortune purement mobilière, car elle ne consitue pas un gage sûr pour le créancier, tant il est facile de la faire disparaître.

Le président a pu être trompé ; il a pu ignorer les ressources du débiteur ; l'étranger peut alors présenter les justifications convenables, prouver, par exemple, qu'il est propriétaire en France de biens d'une valeur suffisante. Le président, qui avait pu seul ordonner l'arrestation provisoire, pourra aussi ordonner seul l'élargissement.

Devant qui l'étranger devra-t-il se pourvoir de l'ordonnance du président ? Devant le tribunal de première instance, devant la Cour impériale ensuite. Quelques auteurs ne veulent pas qu'il porte sa demande devant le tribunal civil, soutenant que le président représente à lui seul tout le tribunal, et que ce premier dégré de juridiction est par conséquent épuisé. C'est là une erreur que démontre très-bien la Cour de cassation, lorsqu'elle déclare que l'ordonnance pour l'arrestation provisoire d'un étranger n'est point rendue avec l'accomplissement des formalités prescrites par les jugements et n'en offre pas les garanties, et qu'elle est dès lors dépourvue des éléments constitutifs d'un jugement en première instance (1).

Nous avons dit que cette arrestation n'était que provisoire. L'art. 15 oblige le créancier à se pourvoir en condamnation, dans le huitième jour de l'arrestation, sans quoi le droit de liberté est acquis au débiteur. Le créancier s'est en effet montré coupable de négligence. C'est par un référé sur assignation donnée au créancier par l'huissier commis à son ar-

(1) Arrêt du 2 mai 1837.

restation, que le débiteur fera prononcer son élargissement. L'emprisonnement provisoire ne peut donc pas durer aujourd'hui plus de huit jours.

L'art. 17 établit une échelle de durée de la détention basée sur l'importance de la dette. La contrainte par corps doit être limitée au temps d'épreuve jugé nécessaire pour obtenir un payement. Mais cette durée doit être plus grande pour l'étranger, qui a plus de facilités que le Français pour soustraire ses biens aux poursuites. L'art. 17 de la loi de 1832 fixait le minimum à deux ans, pour le cas où la dette ne s'élevait pas à 500 francs. Le maximum était de dix ans, lorsqu'elle était de 5,000 francs et au-dessus. Aujourd'hui l'art. 12 de la loi de 1848 a fixé le maximum à cinq ans. Cette disposition doit s'appliquer aux étrangers, de sorte que l'échelle établie par l'art. 17 doit être modifiée ainsi qu'il suit : de 150 à 500 francs, emprisonnement de deux ans ; de 500 à 1,000 francs, emprisonnement de quatre ans. Au delà, la durée sera toujours de cinq ans. L'art. 17, *in fine*, ajoute que le juge, dans les matières civiles pour lesquelles un Français serait soumis à la contrainte par corps, devra fixer la durée de la contrainte, mais sans pouvoir descendre au-dessous de deux ans.

Qu'il soit Français ou étranger, le vieillard a droit aux mêmes égards. Aussi l'art. 18 de notre loi admet le débiteur étranger, condamné pour dette commerciale, à jouir du bénéfice des art. 4 et 6 de la présente loi. Il en sera de même à l'égard de l'étranger

condamné pour dettes civiles, le cas de stellionat excepté.

Il eût été également illogique de ne pas admettre en faveur de la femme étrangère les raisons qui ont fait affranchir de la contrainte par corps la femme française. Les étrangères ne sont donc pas contraignables par corps, sauf au cas de stellionat. Mais, en ce qui touche les mineurs, le silence que la loi a gardé à leur égard est bien décisif. On est forcé de reconnaître qu'ils sont contraignables. La Cour de cassation l'avait déjà dit sous l'empire de la loi de 1807, qui ne parlait ni des septuagénaires, ni des femmes (1).

Son opinion se trouve aujourd'hui fortifiée par la loi de 1832, qui se tait à l'égard des mineurs et les condamne par là même, alors qu'elle contient une disposition formelle pour les septuagénaires et les femmes. Quelques auteurs cependant n'acceptent pas cette opinion ; ils disent qu'il existe en faveur du mineur un *a fortiori ;* qu'à défaut de la loi de 1832, le droit commun (art. 2063, Code civil) doit le protéger.

SECTION IV.

CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRES ADMINISTRATIVES.

Nous avons vu dans l'ancienne jurisprudence que les ordonnances de saint Louis, de Philippe le Bel

(1) Arrêt du 19 mai 1830.

réservaient la contrainte par corps pour les créances du roi. Des passages de Coquille, de Loysel nous montrent qu'à cette époque cette règle était certaine. Ce principe existe toujours : de tous les créanciers le plus recommandable en effet est assurément l'État. L'argent, dont on veut ici assurer le versement, est celui qui, provenu de l'impôt, est destiné aux services publics, aux besoins généraux. Il est d'un intérêt souverain que ces sommes, déjà payées au fisc, ne soient pas dilapidées par les fonctionnaires qui en sont les détenteurs : de là contre eux l'usage de la contrainte par corps ; comme dit Montesquieu : « La loi doit faire plus de cas de l'aisance publique que de la liberté d'un citoyen. »

Ce ne sont donc pas les simples particuliers débiteurs de l'impôt, les simples contribuables qui sont ici soumis à la contrainte par corps ; non, le payement de l'impôt n'a jamais été garanti par cette sanction rigoureuse. Coquille (1) en voit la raison dans la forme d'*aide au roi* qu'affectaient les subsides qui ne revêtaient pas précisément le caractère de dettes.

Les débiteurs du roi étaient donc les comptables tels que les fermiers, les détenteurs de deniers payés au fisc.

Ce privilége du fisc fut maintenu par la loi du 9 mars 1793 qui avait aboli la contrainte par corps en matière civile et par la loi du 15 germinal an VI. L'art. 2070 a laissé de côté à dessein les matières administratives ; le Code Napoléon ne voulait s'occu-

(1) Sur la coutume de Nivernais, t. XXXII, art. 9.

per que des rapports civils ; mais la loi du 17 avril 1832, loi générale qui touche au droit commercial, au droit pénal, au droit administratif, s'est chargée de réglementer la contrainte par corps relative aux administrateurs de deniers publics. (Titre II, section II.)

Ainsi sont soumis à la contrainte par corps pour raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet constatés à leur charge et dont ils ont été déclarés responsables : 1° Les comptables de deniers ou effets mobiliers publics. Ce sont les receveurs généraux et particuliers, les percepteurs des contributions, les receveurs de l'enregistrement, des douanes, des contributions indirectes, tous ceux enfin à qui l'État confie le dépôt de ses recettes, de ses deniers, de ses effets mobiliers.

2° Leurs cautions. On a pensé qu'elles sont associées aux bénéfices de l'entreprise et on les traite comme des débiteurs solidaires.

3° Les agents ou préposés des comptables qui ont personnellement géré ou fait la recette. Par cela seul qu'ils ont détourné des deniers publics, ils sont devenus débiteurs de l'État ou des établissements publics.

4° Toutes personnes qui, sans avoir le caractère de fonctionnaires ou d'agents publics, ont cependant perçu les deniers de l'État, dont elles n'ont point effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'État, ne les représentent pas, ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit. Cette disposition était néces-

saire, car le dépôt et le mandat n'entraînent pas ordinairement la contrainte par corps (1).

5°, 6° et 7° Les comptables chargés de la perception des deniers ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices, aux établissements publics, ainsi que leurs cautions, et leurs agents ou préposés ayant personnellement géré ou fait la recette. L'intérêt public, qui se trouve ici engagé, a moins de force que lorsqu'il s'agit des deniers de l'État; néanmoins les communes, les hospices, les établissements publics sont assez favorables pour justifier l'emploi de la contrainte par corps. Nous devons étendre cette disposition aux agents comptables qui ont dans leurs mains les deniers appartenant aux départements.

8° Les entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitants qui ont passé des marchés ou traités intéressant l'État, les communes, les établissements de bienfaisance et autres établissements publics, et qui sont déclarés débiteurs par suite de leurs entreprises. L'État, les communes et les établissements publics sont mis en rapport avec leurs débiteurs directs. Ces traitants font en général avec l'État des marchés assez lucratifs; il est donc juste qu'ils donnent comme garantie leur personne.

9°, 10°, 11° Les cautions de ces personnes, leurs agents et préposés ayant personnellement géré l'entreprise, et toutes personnes déclarées responsa-

(1) Troplong, *Contrainte par corps*, p. 359.

bles des mêmes services. Les cautions sont en effet considérées comme des associées solidaires pour partager les bénéfices de l'entreprise. Lorsque leurs agents ou préposés ont aussi personnellement géré, ils deviennent en quelque sorte sous-traitants et ils doivent offrir les mêmes garanties.

12° Tous redevables, débiteurs et cautions de droits de douanes, d'octrois et autres contributions indirectes, qui ont obtenu un crédit et qui n'ont pas acquitté à l'échéance le montant de leurs soumissions ou obligations.

Ces douze dispositions résultent des art 8, 9, 10, 11 de la loi du 17 avril 1832.

Elles s'appliquent aux femmes et aux filles : l'article 12 nous l'apprend. C'eût été méconnaître les intérêts des femmes et des filles que de maintenir ici leur privilége. Si elles avaient dû échapper à la contrainte par corps administrative, l'État leur eût refusé des bureaux de poste, de timbre et de tabac, souvent l'unique gage de leur bien-être et de leur honneur.

Souvent aussi les femmes soumissionnent des marchés avec l'État ; elles peuvent conclure avec l'État des entreprises de construction, de fournitures qui sont réputées actes de commerce (1); le droit commun les soumet alors à la contrainte par corps.

Notre article ne parle pas des mineurs qui pourraient cependant se trouver dans les circonstances de notre article s'ils avaient obtenu des crédits de

(1) Art. 632 et 633 du Code de commerce.

douanes; puisque l'intérêt du commerce les a fait déclarer contraignables par corps, nous pensons que l'intérêt du fisc doit avoir le même effet.

Mais l'art. 12 de notre loi dit que la contrainte par corps ne pourra être exercée contre les septuagénaires.

Le minimum de la dette à laquelle la contrainte par corps administrative est attachée est celui des matières civiles, c'est-à-dire de 300 francs. L'État, les établissements publics qui sont des créanciers assez riches ne peuvent pas se montrer plus sévères que de simples particuliers.

Comme en matière civile elle sera aussi prononcée dans les limites de six mois à cinq ans (art. 12 de la loi du 13 décembre 1848).

A ces deux points de vue, les deux contraintes civile et administrative sont semblables, mais à un autre, il existe entre elles une grande différence : ce n'est pas d'un jugement que résultera la contrainte par corps administrative, mais de décisions émanées des administrateurs. En effet l'art. 46 de la loi du 17 avril 1832, qui abroge toutes les lois antérieures promulguées relativement à la contrainte par corps administrative, les conserve cependant en ce qui concerne le mode de poursuites à exercer contre les débiteurs de l'État, des communes, des établissements publics. C'est ainsi que le ministre des finances peut décerner des contraintes administratives qui ont pleine force exécutoire. (Lois des 12 vendémiaire, 13 frimaire, 18 ventôse an VIII.) C'est ainsi que le seul procès-verbal d'adjudication empor-

tera exécution forcée et poursuite par corps pour le payement du prix d'adjudication contre les adjudicataires des bois de l'État et du droit de pêche fluviale, ainsi que contre leurs associés et cautions (art. 28 du Code forestier, art. 22 de la loi du 14 avril 1829).

C'est le conseil de préfecture ou le conseil d'État, qui doivent connaître des oppositions formées aux contraintes administratives.

SECTION V.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRES CRIMINELLES, CORRECTIONNELLES ET DE POLICE.

Ici la contrainte par corps garantit le payement des amendes, des frais, des dommages-intérêts et des restitutions. Comme ces condamnations prennent leur source dans un délit, on a voulu qu'une sanction rigoureuse en garantît le payement. Il en était ainsi sous l'ordonnance de 1667.

La loi du 22 juillet 1791 (art. 41) portait également que les dommages-intérêts, ainsi que les restitutions et les amendes qui seront prononcées, en matière de police correctionnelle, emporteront la contrainte par corps.

L'art. 52 du Code pénal consacre donc un principe préexistant lorsqu'il déclare : « L'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps. »

Dans l'ancien droit, la contrainte par corps ne

finissait ici que par le payement. Dans la législation de l'Assemblée constituante, il n'en était ainsi qu'autant que la contrainte était appliquée à des condamnations pour crimes ; elle était limitée à *un mois* si la condamnation avait eu pour objet un simple délit.

Le Code pénal consacra des règles nouvelles : dans ses art. 53, 467 et 469, il a différencié la durée de la contrainte pour le payement de l'amende et des frais, selon qu'il s'agissait d'une condamnation pour crime, délit ou contravention, toujours sous la justification préalable de l'insolvabilité du débiteur.

Pour un crime, le temps d'épreuve était d'*un an* ; pour un délit, de *six mois* ; pour contravention, de *quinze jours*. Mais il ne s'agissait ici que de condamnations prononcées au profit de l'État ; de sorte qu'à l'égard des condamnations prononcées au profit des particuliers parties civiles, lors même que l'insolvabilité aurait été constatée, la contrainte était sans limites de temps, si minime que fût la dette.

Sous l'empire de ces dispositions rigoureuses, la vengeance des créanciers avait libre carrière, et de nombreux exemples de cruauté inutile attristèrent l'humanité. Il y avait donc de nombreux progrès à réaliser. La loi de 1832 a fait un pas dans cette voie. Nous avons à étudier ses art. 35, 39 et 40. Les droits de la partie civile et ceux de l'État y sont distingués ; les détentions indéfinies sont ensuite proscrites, même au cas où l'insolvabilité des condamnés n'est pas constatée.

La durée de la contrainte pour une condamnation

prononcée au profit d'une partie civile doit être fixée par le jugement dans les limites de six mois à cinq ans, si elle est inférieure à 300 fr.; dans celles d'un an à dix, si la dette égale ou excède 300 fr. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur peut faire cesser la contrainte en donnant caution ; il peut encore, mais seulement dans le cas où la dette est inférieure à 300 fr., obtenir son élargissement en justifiant de son insolvabilité, et après des délais qui sont calculés sur le montant de cette dette.

Cette disposition mérite un grand reproche, car elle prononce la contrainte par corps pour des dettes moindres de 300 fr. Or, les dettes qui résultent des réparations accordées par les Cours d'assises, les tribunaux correctionnels ou de simple police, sont des dettes purement civiles. C'est donc aggraver le sort des condamnés que de les soumettre dans ce cas à l'emprisonnement, quelle qu'en soit la durée. Je sais bien que des voix ont dit : « Les dommages-intérêts ne sont plus une dette purement civile, lorsqu'ils dérivent d'un crime ou d'un délit. Mais c'est là ce qu'il est impossible d'accepter. La réparation civile qu'obtient la partie lésée a sa source dans le dommage éprouvé. (Art. 1382, Code civil.) La criminalité du fait est ici sans importance; peu importe que l'accusé soit absous ou acquitté ; peu importe que la réparation soit accordée par une Cour d'assises ou par un tribunal civil. — Remarquons encore qu'ici la contrainte est impérative, que la loi n'exige même pas qu'elle soit prononcée. Les dommages-intérêts attribués à la partie civile par un tribunal criminel ne

suivent donc pas la même règle que lorsque la demande en indemnité est intentée par la voie civile. Il est difficile de justifier cette différence. Quoi qu'il en soit, la partie lésée aura intérêt à agir plutôt comme partie civile devant les tribunaux criminels qu'à porter son action devant un tribunal civil, que l'art. 126 du Code de procédure laisse libre de prononcer ou non la contrainte par corps.

Quant aux condamnations qui sont prononcées *au profit de l'État*, elles sont soumises à peu près aux mêmes règles. Les débiteurs seront retenus jusqu'au payement, sauf le droit pour eux de fournir caution dans tous les cas, et de justifier de leur insolvabilité lorsque la dette est inférieure à 300 fr.; sauf aussi la limite apportée à la durée de cette détention, dans le cas même où cette insolvabilité n'est pas établie, dans l'art. 40 de la loi. Le condamné est toujours admis à prouver son insolvabilité, et lorsque cette preuve est faite conformément aux ordres de la loi, le jour de sa remise en liberté sera plus ou moins éloigné, suivant le montant de la somme due. Il pourra prouver son insolvabilité après quinze jours de détention, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excèdent pas 15 fr., après un mois lorsqu'elles n'excèdent pas 50 fr., après deux mois lorsqu'elles n'excèdent pas 100 fr., enfin, après quatre mois lorsqu'elles n'excèdent pas 300 fr.

Au delà de 300 fr., la durée de la contrainte par corps est fixée par l'art. 40. La preuve d'insolvabilité n'est plus admise ici. Mais aussi l'arrivée du terme fixé par le jugement rendra la liberté au débi-

teur sans qu'il ait à faire preuve de son insolvabilité. L'esprit de cet article se trouve dans les paroles de M. Parant, rapporteur de la loi : « Si le débiteur ne peut s'affranchir en prouvant son insolvabilité, au moins, il est juste qu'on le remette en liberté à l'expiration du terme fixé sans autre justification que celle de l'échéance du délai. En effet, la contrainte par corps est une épreuve de solvabilité ; les juges doivent apprécier quel est le temps d'épreuve nécessaire pour s'assurer que si le débiteur ne paye pas, ce n'est pas par mauvaise volonté, mais par impossibilité; or, quand l'épreuve a été faite conformément au jugement, la mise en liberté en est la conséquence. Sans cela on retomberait dans les inconvénients de l'art. 52 du Code pénal qui permettait la contrainte pour un temps illimité, à l'égard de ceux qui ne pouvaient justifier légalement de leur insolvabilité. »

La partie condamnée par un tribunal civil ou commercial ne jouit pas de ce bénéfice de l'insolvabilité réservé au débiteur criminel. Mais rien de plus naturel, car en matière civile il y a d'abord un minimum, au-dessous duquel la contrainte par corps ne peut être prononcée ; la faillite et la cession de biens remplacent ensuite le bénéfice de l'insolvabilité. La loi criminelle, au contraire, frappe indistinctement et de plein droit tous les condamnés, quelque minime que soit le chiffre de la dette.

1° Mais quel sera le sort du condamné à une somme moindre de 300 francs, qui ne pourra justifier de son insolvabilité? Sera-t-il indéfiniment détenu, ou pourra-t-on appliquer le deuxième paragraphe de l'art. 39,

qui permet d'infliger une contrainte de six mois à cinq ans aux débiteurs d'une somme de moins de 300 francs, due à des particuliers? La Cour royale de Douai a cru que ce paragraphe final de l'art. 39 s'appliquait aussi bien aux individus condamnés envers l'État qu'à ceux qui sont condamnés dans l'intérêt des particuliers. (Arrêt du 25 août 1832. *Journal de Droit criminel*, page 279.) Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 24 janvier 1835, écarte formellement ce paragraphe, sans dire toutefois quelle sera la durée de la contrainte.

Dans l'esprit des rédacteurs, ce deuxième paragraphe de l'art. 39 devait avoir un sens général mais en l'attachant à l'art. 39 ils l'ont soumis au commencement de cet article, de sorte que, pensant tracer une règle, ils n'ont fait qu'une exception. Il y a donc là une lacune dans la loi. Mais cette lacune ainsi que les incertitudes de la jurisprudence sur ce point ont disparu devant la loi du 13 décembre 1848. Son art. 8, § 2, corrige d'abord le vice de rédaction de l'art. 39 de la loi de 1832, qui, en parlant de condamnations qui *n'excèdent* pas 300 francs, disait précisément le contraire de sa pensée, puisqu'il s'agissait de dettes au-dessous de ce chiffre. Aussi le paragraphe actuel dit-il : « condamnations *inférieures* à 300 francs. » Il a ensuite rendu sa disposition commune aux condamnations prononcées au profit de l'État, et à celles prononcées au profit de la partie civile. Mais le § 3 apporte à la loi de 1832 une modification plus importante. Nous savons que, lorsque le condamné pour une somme inférieure à 300 fr.

ne justifiait pas de son insolvabilité, l'emprisonnement était indéfini si la condamnation était prononcée au profit de l'État ; qu'il variait entre six mois et cinq ans si la condamnation était prononcée au profit de la partie civile. La loi se montrait trop sévère d'abord et faisait une distinction illogique. Le § 3 de la loi nouvelle a beaucoup adouci cette rigueur : d'abord plus de différence entre l'État et la partie civile ; ensuite, lorsque les justifications exigées par les art. de la loi du 17 avril 1832 et par le § 2 de l'art. 420 du Code d'instruction criminelle ne seront pas faites, la durée de l'emprisonnement sera du double de ce qu'elle est contre ceux qui donnent la preuve de leur insolvabilité, c'est-à-dire variera dans les limites d'un, deux, quatre et six mois.

Après une épreuve si longue, vu la modicité de la somme, il est permis de croire à l'insolvabilité ; d'autant mieux que le condamné pourra être réincarcéré s'il lui survient de nouvelles ressources ; car, pour avoir été rendu à la liberté, il n'en est pas moins demeuré débiteur.

Le bénéfice d'insolvabilité n'est donc que provisoire ; accordé en présence d'une indigence absolue, il doit cesser en face de la richesse.

Mais cette question de solvabilité devra être jugée contradictoirement avec le débiteur, et de plus la contrainte par corps ne pourra être reprise qu'une seule fois (art. 36 de la loi du 17 avril 1832). L'art. 53 du Code pénal permettait au contraire de reprendre la contrainte un nombre de fois indéfini. En second lieu, le retour à la contrainte par

corps ne peut plus avoir lieu pour l'*amende* qui avait été prononcée contre le condamné; contrairement à l'art. 54 du Code pénal, notre article ne l'autorise que pour les restitutions, dommages-intérêts et frais *seulement*.

Nous retrouvons encore ici la règle générale; c'est que la contrainte ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un *jugement;* mais il n'est pas nécessaire, comme en matière civile, que le jugement la prononce d'une manière expresse; elle résulte de plein droit de la seule condamnation. La circonstance que le jugement serait muet sur la contrainte par corps est donc indifférente; les tribunaux ne pouvant se dispenser de la prononcer, son omission n'est pas un obstacle à ce qu'elle soit exécutée; elle est de droit (1). Mais nous trouvons une exception expresse à cet égard dans la loi de 1848 en faveur des *mineurs* de moins de seize ans: « La contrainte par corps en matières criminelle, correctionnelle et de police ne sera exercée dans l'intérêt de l'État ou des particuliers contre des individus âgés de moins de seize ans accomplis, à l'époque du fait qui a motivé la poursuite, qu'autant qu'elle aura été *formellement prononcée par le jugement de condamnation.* » Il résulte aussi de là qu'à l'égard des mineurs la contrainte par corps est facultative pour le juge en matière criminelle.

La faculté d'*appel* du chef prononçant la contrainte

(1) Cour de cassation, du 14 fév. 1832. — Dalloz, p. 471, *Cont. par corps*.

par corps n'est pas accordée par la loi criminelle comme par la loi civile, dans le cas même où le jugement sur le fond est en dernier ressort.

Constatons aussi que les femmes et les filles n'ont aucun privilége en matière de contrainte par corps pour causes criminelles; on retrouverait cependant ici les mêmes causes d'exemption qu'en matière civile, mais il y a cette différence dans les deux cas, raison qui a déterminé le législateur, c'est qu'ici le créancier n'a pas choisi son débiteur; la dette a sa source dans un délit (1).

Toutefois le bénéfice des septuagénaires est ici conservé en partie. L'art. 9 de la loi du 13 décembre 1848 décide que la contrainte par corps sera déterminée dans la limite de trois mois à trois ans, si le débiteur a commencé sa soixante-dixième année; que, s'il a atteint sa soixante-dixième année avant d'être écroué ou pendant l'emprisonnement, la durée de la contrainte sera de plein droit réduite à la moitié du temps qui restait à courir.

Les *exceptions relatives*, dérivant de la *parenté* et de l'*alliance*, sont les mêmes qu'en matière civile et commerciale, et par les mêmes motifs.

La contrainte par corps existe-t-elle contre les personnes civilement responsables? L'opposition de deux textes (2) relatifs à cette matière a fait naître la question qui n'aurait même pas dû être soulevée. C'est

(1) En matières forestières ce sont les femmes qui fournissent le chiffre le plus élevé des condamnations avec contrainte par corps.

(2) Art. 46 et 206 du Code forestier.

en effet d'après les principes de la loi civile que la responsabilité doit être réglée, puisque la dette es purement civile. A l'égard de ces personnes la contrainte, d'abord facultative pour le juge ne peut donc avoir lieu, aux termes de l'art. 126 (Code procédure) que pour une somme supérieure à 300 francs.

Après le bénéfice d'insolvabilité nous trouvons comme autre cause d'élargissement le bail d'une caution solvable, cette caution est reçue par le receveur des domaines. L'art. 34 nous dit qu'elle doit s'exécuter dans *le mois*.

En matière civile, au contraire, le délai est d'une année.

Quel est au juste le caractère de la contrainte par corps comme moyen d'exécution vis-à-vis des condamnés insolvables? De ce que la justification d'insolvabilité ne suffit pas pour soustraire le débiteur à la contrainte par corps, de ce que la contrainte ne peut pas être reprise pour le payement de l'amende, quelques auteurs concluent que l'amende a été convertie en emprisonnement, ce qui donnerait ici à la contrainte par corps un caractère pénal. Nous ne pouvons accepter cette opinion contraire au principe que les peines ne se présument pas. Sans doute la preuve de l'insolvabilité ne suffit pas pour ouvrir au débiteur les portes de la prison, mais le débiteur cache peut-être des ressources et par surcroît de preuves la loi exige que l'insolvabilité soit soumise à l'épreuve d'une certaine détention.

C'est dans l'intérêt du gouvernement que cette contrainte est exercée. Le receveur ne doit donc pas

l'exercer contre des condamnés notoirement insolvables, car ce serait grever le Trésor de frais inutiles.

Il peut aussi, en cas d'insolvabilité constatée, obtenir la liberté du détenu avant l'expiration du délai fixé ; puisqu'il est le seul juge de l'utilité de cette mesure, puisqu'il peut y renoncer s'il la croit frustratoire pour le fisc, pourquoi ne pourrait-il pas également en abréger la durée ?

C'est dans les maisons spéciales pour dettes que les condamnés doivent être incarcérés. (Avis du conseil d'État du 15 novembre 1852.)

CHAPITRE II

De l'exécution de la contrainte par corps.

SECTION I.

FORMALITÉS GÉNÉRALES QUI DOIVENT PRÉCÉDER L'ARRESTATION DU DÉBITEUR.

Nous arrivons à l'exécution du jugement par l'emprisonnement du débiteur. La loi a entouré cette arrestation de nombreuses formalités et de nombreuses garanties.

C'est aux tribunaux ordinaires que le créancier doit s'adresser pour obtenir l'exécution du jugement portant contrainte par corps. Ce sont eux en effet qui connaissent de l'exécution de tous les jugements, même de ceux rendus par les tribunaux d'exception. Les art. 442 et 553 du Code de procédure le disent formellement pour les tribunaux de commerce, et ce principe est commun à tous les tribunaux d'exception, à moins d'une dérogation expresse ecrite dans la loi.

La signification du jugement doit toujours précéder son exécution. Tel est le principe général. L'art. 780 (procéd. civ.) que nous étudions maintenant se mon-

tre plus exigeant. Il ne lui suffit pas que le jugement soit signifié avec commandement, il veut que le commandement et la signification soient réunis, en sorte que, si l'on voulait faire le commandement quelque temps après avoir signifié le jugement, il faudrait renouveler cette signification, ou du moins le commandement devrait contenir une copie entière du jugement. La loi veut que le débiteur ait sous les yeux les causes de la menace qui lui est faite, pour qu'il ne soit pas obligé de les rechercher dans des significations précédentes qu'il a peut-être égarées (1). La Cour de Limoges a cependant soutenu qu'il n'y avait pas lieu à nullité, puisque le débiteur avait en réalité reçu tous les renseignements que la loi prescrit de lui donner (2).

Le jugement ne pourra être mis à exécution qu'un jour après avoir été signifié. Le délai est d'un jour franc. Ainsi le débiteur qui a reçu le commandement le 1er janvier ne pourra être arrêté que le 3.

La remise exacte des pièces signifiées au débiteur est d'une importance majeure. Dans ce but la loi prescrit au tribunal de confier la signification et le commandement aux soins d'un huissier qui pourrait d'ailleurs avoir été déjà commis par le jugement autorisant la contrainte par corps.

Cette commission peut-elle être donnée par les tribunaux de commerce? L'affirmative nous paraît certaine. Les tribunaux de commerce ne peuvent pas,

(1) Boitard, *Procéd. civ.* sur notre article. Pigeau, t. II, p. 342.
(2) Arrêt du 18 janv. 1814. Sirey, 1815, 2e partie, p. 191.

il est vrai, connaître de l'exécution de leurs jugements, mais désigner un huissier qui notifiera le jugement, ce n'est pas faire un acte d'exécution.

Comme dit M. Boitard (*Procédure civile*, n° 1046), de même que les tribunaux de commerce mettent à leurs jugements la formule exécutoire, de même ils peuvent commettre l'huissier chargé de faire la signification et le commandement prescrit par l'article 780. La jurisprudence paraît fixée dans ce sens (1). Telle est aussi l'opinion de la grande majorité des auteurs (2).

L'acte de signification du jugement avec commandement doit contenir élection de domicile de la part du créancier dans la commune où siége le tribunal qui a rendu le jugement, s'il n'y demeure pas. On veut ainsi faciliter et accélérer le jugement de toutes les contestations qui pourraient s'élever sur l'exécution de la contrainte par corps.

Mais qu'arrivera-t-il si le jugement prononçant la contrainte par corps émane par exemple d'un tribunal de commerce dont le siége n'est pas au même lieu que celui du tribunal civil qui est seul compétent pour connaître de cette exécution? L'élection de domile devra-t-elle néanmoins être faite également au lieu où siége le tribunal qui a rendu le jugement, tout exceptionnel qu'il est? A voir les termes absolus de l'art. 780, aucun doute n'est possible. Aucune dis-

(1) Toulouse, 28 juillet 1824. Lyon, 23 mai 1827. Nancy, 23 mars 1843.

(2) Favart de Langlade, t. I, p. 684. Coin-Delisle, p. 47. Thomine, t. II, n° 901, etc.

tinction n'est faite. Des arrêts de Nîmes (4 mai 1824) et de Montpellier (22 août 1827) ont jugé dans ce sens que l'élection de domicile, faite dans le lieu où siége le tribunal de commerce qui a rendu le jugement, devait suffire, bien qu'il siégeât dans une ville autre que le tribunal civil. Les auteurs cependant rejettent cette opinion (1). Les termes de l'art. 780 sont généraux sans doute. Mais leur étendue n'est-elle pas limitée par ce principe : « Le tribunal de commerce ne peut connaître de l'exécution de ses jugements? » Or, c'est là certainement un acte d'exécution. On objecte, il est vrai, que l'art. 783 exige lors de l'incarcération une élection de domicile conforme à celle de l'art. 784 ; mais on répond à cela que l'élection de l'art. 780 ne reste pas sans utilité. Il peut, en effet, s'élever des difficultés sur la validité du commandement ; il est bon qu'alors un domicile soit élu dans la commune du tribunal civil qui sera juge de la question, tandis que l'élection de domicile de l'art. 783 n'atteint pas ce but.

Enfin, s'il s'est écoulé une année entière depuis le commandement prescrit par l'art. 780, il doit en être fait un nouveau par un huissier commis à cet effet, et nous pensons, malgré le silence de la loi, que ce nouveau commandement doit être également accompagné d'une signification nouvelle du jugement.

(1) Delvincourt, *Institutes du droit commercial*, t. II, p. 514. Favart de Langlade, *Répert.*, t. I, p. 685. Carré, q. 2633.

DE L'ARRESTATION.

C'est aux huissiers qu'appartient, sauf dans le département de la Seine, le droit de mettre à exécution les jugements emportant contrainte par corps. (Loi du 15 germinal an VI, art. 2, titre III.) A Paris et dans le département de la Seine, ce soin est confié à des officiers ministériels spéciaux appelés *gardes du commerce.*

Les gardes du commerce ont été créés en 1769. Ils disparurent lorsque la contrainte par corps tomba sous les coups de la convention. La loi du 15 germinal an VI les autorisa ensuite à exécuter les contraintes par corps en se faisant enregistrer au greffe du tribunal de commerce de la Seine. L'art. 625 du Code de commerce portait aussi : « Il sera établi pour la ville de Paris seulement des gardes du commerce pour l'exécution des jugements emportant la contrainte par corps; la forme de leur organisation et leurs attributions seront réglées par un décret spécial. »

En effet, le 4 mars 1808 parut ce décret : Les gardes du commerce, au nombre de dix, *sont chargés exclusivement de l'exécution des contraintes par corps sans pouvoir être suppléés par un huissier, recors et autres personnes quelconques.* » (Art. 7 du décret de 1808.)

Nous pensons toutefois que ce droit conféré aux gardes du commerce est spécial aux contraintes prononcées en matière commerciale, et qu'il ne s'applique pas en matière civile ou criminelle. Sans doute, les

termes généraux du décret du 14 mars 1808 semblent s'appliquer à toute espèce de contrainte ; mais songeons que notre décret a été rendu en exécution de l'art. 625 du Code de commerce; qu'il ne se réfère par conséquent qu'aux matières commerciales. En outre, la dénomination de ces agents montre bien qu'ils sont chargés seulement des intérêts commerciaux. Nous pensons donc que, pour les condamnations prononcées en matière civile et criminelle, les huissiers rentrent dans leur droit de les mettre à exécution.

Pour l'exercice de la contrainte par corps, l'huissier a besoin d'un pouvoir spécial qui doit lui avoir été donné par le créancier. Ce mandat spécial est une garantie pour le créancier lui-même, afin que ses ordres ne soient pas dépassés, ensuite pour le débiteur intéressé à ce que le créancier ne puisse désavouer l'huissier, si, par suite de la nullité de l'emprisonnement, il veut exercer son recours en dommages-intérêts.

La même règle est-elle applicable aux gardes du commerce ? Nous ne le pensons pas. Les astreindre à la représentation de ce mandat spécial eût été les assujettir à une formalité superflue. Le mandat spécial résulte virtuellement de la remise du jugement qui ne peut être faite à un garde du commerce à d'autres fins qu'à celle d'exercer la contrainte par corps, puisque le garde du commerce n'a d'autres fonctions que d'opérer des arrestations. Au contraire, la circonstance que les pièces sont entre les mains de l'huissier ne doit pas faire conclure à l'ordre d'arrestation. Elles

lui ont été remises, peut-être pour que le jugement fût signifié, pour que le commandement fût fait. De plus, le décret de 1808 en établissant un vérificateur qui sera nommé par le gouvernement, à l'effet d'examiner les titres sur lesquels on voudrait se fonder pour opérer une arrestation, donne au débiteur une garantie contre des procédés arbitraires, garantie que ne présentent pas les huissiers (1).

Au moment où s'opère la capture du débiteur, l'huissier doit être également assisté de deux recors qui ne sont pas là dans le but de prêter main-forte à l'huissier, mais pour être témoins de l'arrestation. Les recors qui sont de simples témoins, lors de l'exécution ou de la confection d'un exploit, peuvent donc être pris parmi quelques personnes que ce soit au gré de l'huissier. Ils doivent être cependant Français, majeurs, non parents ni alliés des parties ou de l'huissier, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ni leurs domestiques.

L'art. 781 met quelques limites au droit d'arrestation. Il indique des temps et des lieux où le débiteur est à l'abri des poursuites dirigées contre lui : 1° Le débiteur ne peut être arrêté avant le lever ou le coucher du soleil. La loi veut que les arrestations s'opèrent en plein jour, pour éviter des erreurs et des rixes nocturnes.

Mais comment déterminer le lever et le coucher du soleil? Nous pensons qu'il faut s'en tenir au sens

(1) Pigeau, t. II, p. 41. Tribunal de la Seine, 13 juin 1826. *Le Droit* du 8 avril 1845. — *Contra*, Carré, *Lois de procéd. civ.*, n° 1290. Coin-Delisle, p. 50.

rigoureux des termes de notre article. Le délai pendant lequel le débiteur peut braver l'huissier est ainsi ouvert et fermé par deux faits astronomiques que l'huissier vérifiera facilement. Des auteurs (1) veulent cependant qu'on applique ici l'art. 1037 ainsi conçu : « Aucune signification ni exécution ne pourra être faite depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars avant six heures du matin et après six heures du soir, et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir. » Cette opinion ne nous paraît pas admissible, car elle conduit au danger que la loi a voulu éviter : aux méprises possibles pendant les ténèbres, aux rixes nocturnes en permettant des arrestations à des heures où il ne fait plus ou pas encore jour, ainsi à neuf heures du soir au mois de septembre, à six heures du matin au mois de décembre. C'est donc avec raison que les Cours de Bruxelles et de Colmar (2) ont jugé que l'art. 781 dérogeait à la Règle générale prescrite par l'art. 1037 et annulé des arrestations faites avant le lever ou le coucher du soleil d'après les calculs astronomiques, quoiqu'elles aient eu lieu d'ailleurs à une heure où l'art. 1037 permet d'exécuter les jugements (3).

2° *Le débiteur ne peut être arrêté un jour de fête*

(1) Lepage. t. II, p. 327, 447. Berriat, p. 628, n° 5. Coin-Delisle, n° 35.

(2) Arrêts du 1er mars 1813 et 31 août 1810. Dalloz, t. XII, p. 522.

(3) En ce sens : Delaporte, t. II, p. 358. Thomine, p. 286. Pardessus, t. V, p. 273. Favart, v° *Contr. par corps*, § 4, n° 5.

légale. — Les fêtes légales sont les dimanches, les jours de Noël, de l'Ascension, de l'Assomption, de la Toussaint, le 1er janvier et le 15 août d'après un avis du conseil d'État du 20 mars 1810 et un décret du 17 février 1852.

Mais si le débiteur ne peut être appréhendé un jour de fête légale, rien ne s'oppose à ce que, après avoir été appréhendé au corps un jour permis loin de la prison pour dettes et déposé dans une autre maison de détention, il ne soit transféré un jour de fête reconnue par l'État.

3° *Le débiteur ne peut être arrêté dans les édifices consacrés au culte et pendant les exercices religieux seulement.* — Nous savons que dans l'antiquité les temples païens et les églises chrétiennes ensuite protégeaient le coupable qui se réfugiait dans leur enceinte. A Rome, l'esclave qui se réfugiait aux pieds de la statue de l'empereur était momentanément à l'abri des coups de son maître. Au moyen age, le simple anneau d'une porte d'église était une sauvegarde pour l'homme poursuivi. Une coutume de Baréges en Bigorre assurait aussi la grâce au criminel qui s'est réfugié près d'une femme.

Enfin chez les bédouins, un coupable est sauvé s'il rencontre une femme, s'il a le temps de courir à elle et de se cacher la tête sous sa manche en s'écriant : sous ta protection ! Nos lois modernes ont eu raison de ne pas reconnaître ce privilége qui ne peut que convertir les temples ou les églises en repaires de brigands.

Notre article veut simplement que les exercices re-

ligieux ne soient pas troublés : sous ce nom d'*exercices religieux* sont compris les messes, offices, prières publiques. instruction religieuse. Un arrêt de cassation du 9 octobre 1824 a même décidé que la confession constituait un exercice religieux. C'est peut-être aller un peu loin.

4° *Le débiteur ne peut être arrêté dans le lieu et pendant la tenue des séances des autorités constituées.* — Ainsi ce n'est que pendant les séances que l'inviolabilité du lieu existe. Notre article s'applique, je crois, à tous les lieux où se trouvent des personnes qui sont revêtues d'une partie des pouvoirs souverains pour juger ou pour délibérer : tels seraient le Corps législatif, le conseil d'État, le Sénat, les tribunaux quels qu'ils fussent, conseils généraux, conseils municipaux, conseils d'arrondissements, conseils de guerre, conseils de prud'hommes.

Autrefois un négociant ne pouvait être arrêté pendant les heures de la bourse ; il n'en est plus de même aujourd'hui. Cette proposition renouvelée lors de la discussion du Code a été rejetée. On ne voulut pas : « *que les bourses fussent un lieu d'asile pour les débiteurs qui violent la foi de leurs engagements et qu'un banqueroutier se trouvât en toute sûreté en présence du négociant qu'il a trompé et dans le lieu même où il l'a trompé.* »

5° Enfin le débiteur ne peut être arrêté *dans une maison quelconque*, même dans son *domicile*, à moins qu'il n'ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix doit, dans ce cas, « se transporter dans la maison avec l'officier ministériel. »

La maison constitue donc un asile inviolable, pour l'huissier du moins. L'*assistance du juge de paix* est la condition impérieuse exigée par la loi pour que l'huissier ait droit de procéder à la capture d'un débiteur dans une maison quelconque.

La généralité de ces termes : *maison quelconque*, nous fait penser que la présence du juge de paix est nécessaire pour arrêter un débiteur soit dans une église, soit dans un lieu de séances des autorités constituées (1). Un arrêt de la Cour de Paris du 22 novembre 1827, annulant l'arrestation d'un débiteur faite par un garde du commerce *dans un cabaret* sans que le juge de paix eût été préalablement requis et fût présent, montre bien que ces expressions *maison quelconque* désignent aussi les hôtels garnis, les restaurants, les cafés, en un mot tous les lieux dans lesquels la police peut pénétrer à toute heure sans remplir aucune des formalités qu'elle est obligée d'observer lorsqu'elle veut s'introduire dans les habitations des citoyens.

L'huissier ne peut donc pas pénétrer seul dans la maison ; mais, avant de s'éloigner pour aller requérir le juge de paix, il peut établir aux portes, pour prévenir une évasion, les individus qu'il a pris pour témoins de l'arrestation (2).

Il est d'usage autorisé par la jurisprudence qu'on ne présente point de requête au juge de paix pour

(1) Carré, n° 2618. Pigeau, t. II, p. 314. Pardessus, n° 1514.

(2) Cour de Toulouse, 20 août 1817. Dalloz, p. 526, *Cont. par corps*.

obtenir son assistance. L'huissier requiert verbalement et constate dans son procès-verbal la réquisition, l'ordonnance et le transport du juge. Aucune disposition de la loi n'exige que le juge de paix rende une ordonnance spéciale et existante en minute dans les archives de la justice de paix avant d'opérer son transport. Il suffit pour la satisfaction de la loi que l'huissier l'ait requis d'effectuer ce transport, qu'il ait déféré à ce réquisitoire, qu'il se soit transporté dans la maison, qu'il ait ordonné à l'huissier de faire l'arrestation et que le procès-verbal constate que ces formalités ont été remplies.

En l'absence du juge de paix son suppléant a qualité pour ordonner l'arrestation du débiteur en sa demeure et y assister.

L'art. 15 du décret du 14 mars 1808 dispense les *gardes du commerce* de l'obligation de requérir l'assistance du juge de paix, lorsque le débiteur est dans son *propre domicile* et *n'en refuse pas l'entrée.* Mais les huissiers ne peuvent jamais user de ce droit ni les gardes du commerce pour entrer dans toute maison autre que celle du débiteur.

Le juge de paix est libre de refuser son concours soit à l'huissier, soit au garde du commerce (781).

Le suppléant pourra alors être requis. En cas d'absence ou en cas de refus, il devient impossible de pénétrer dans la maison du débiteur : il faut alors attendre que le débiteur se montre sur la voie publique. La règle est en effet l'inviolabilité du domicile.

L'introduction a un caractère tout exceptionnel, et si le juge de paix s'y oppose en refusant son con-

cours, il faut s'incliner. Mais Paris fait la partie bien belle au créancier. Quoique divisée en douze arrondissements, cette ville n'est considérée que comme une seule commune, et chacun des douze juges de paix de Paris peut assister le garde du commerce qui veut entrer dans une maison de quelque quartier que ce soit. En présence d'un refus unanime des juges de paix de Paris, il faut bien croire qu'il n'y avait pas lieu de pénétrer dans la maison.

De ce que les gardes du commerce peuvent, en cas de refus, requérir les juges de paix d'un autre canton, devons-nous conclure que les huissiers peuvent agir ainsi dans les départements ? M. Coin-Delisle ne le pense pas ; car, dit-il, si les gardes du commerce peuvent requérir le juge de paix d'un autre canton, c'est que, lorsqu'ils sont chargés des pièces, la procédure a été examinée par le vérificateur, et dès lors il y a garantie qu'elle est régulière. C'est pour cela que le décret de 1808 a pu faire en faveur des gardes du commerce une exception que n'a pas reproduite 781, qui ordonne du reste aux huissiers d'être assistés du juge de paix du *lieu*. Telle n'est pas notre opinion. L'art. 781 désigne sans doute le magistrat du *lieu* ; mais cet article ne prévoit pas le refus du juge de paix. L'examen de la procédure par le vérificateur présente sans doute une garantie de la régularité de celle-ci, mais ne trouve-t-on pas une garantie au moins égale dans l'examen de cette même procédure par le magistrat auquel l'huissier, sur le refus du juge de paix du lieu, devra avoir recours ? Il nous semble donc naturel d'étendre aux huissiers la fa-

culté attribuée aux gardes du commerce par le décret de 1808 (1).

SAUF-CONDUIT.

C'est un devoir pout tout citoyen de venir éclairer la justice sur des faits contestés dont il a été témoin. Mais il serait bien rigoureux de vous assigner comme témoin devant un tribunal civil et de vous arrêter en route. Aussi la loi permet de suspendre dans ce cas l'exercice du droit particulier du créancier qui a obtenu un jugement portant contrainte par corps. « Le débiteur, dit l'art. 782, ne pourra être arrêté, lorsque, appelé comme témoin devant un directeur de jury ou devant un tribunal de première instance, ou une Cour d'appel ou d'assises, il sera porteur d'un sauf-conduit. » Le directeur du jury dont parle ici le Code de procédure était le directeur d'un *jury d'accusation* qui a été supprimé par le Code d'instruction criminelle. Investi du droit d'appeler des témoins, le directeur du jury avait le droit de leur donner un sauf-conduit. C'est le juge d'instruction qui a hérité de ces pouvoirs du directeur du jury (art. 71, Code d'instr. crim.). Notre article accorde le même droit au président du tribunal d'arrondissement, à celui de la Cour impériale et de la Cour d'assises où les témoins doivent être entendus. Auparavant le ministère public doit être entendu en ses conclusions.

La loi du 15 germinal an VI (art. 8, tit. III) avait

(1) Pardessus, n° 1415. Carré, lois de la procéd., n° 2652.

attribué le droit de délivrer des saufs-conduits aux présidents de tous les tribunaux (civils, criminels et de commerce), aux directeurs du jury et aux juges de paix : cette latitude devint la source de nombreux abus ; on vit des juges de paix accorder des saufs conduits d'une durée très-longue et souvent sans autre motif que celui de soustraire un débiteur à la juste poursuite de ses créanciers. Espérant remédier à ces abus, l'art. 782 a diminué le nombre des personnes compétentes pour accorder des saufs-conduits. Ils ne peuvent plus maintenant émaner des justices de paix ou des tribunaux de commerce. L'art. 782 le dit indirectement, en exigeant pour la validité du sauf-conduit les conclusions du ministère public, conclusions impossibles à donner devant les tribunaux de paix ou de commerce. Si donc ces tribunaux ont besoin d'entendre un témoin, c'est au tribunal civil que le sauf-conduit devra être demandé.

L'art. 782 ne permet d'accorder de saufs-conduits aux débiteurs que lorsqu'ils sont convoqués comme témoins. Serait donc nul le sauf-conduit accordé au débiteur pour qu'il fût présent à l'instruction d'une cause qui le concerne (1).

Notre article ordonne encore au juge de fixer la durée précise de chaque sauf-conduit, à peine de nullité. Le législateur ne pouvait à l'avance préciser cette durée, qui est variable selon les circonstances de chaque jugement. Il se contente de dire que le débiteur ne pourra être arrêté ni *le jour fixé* pour sa

(1) Pigeau, t. III, p. 308. Berriat, p. 629.

comparution, ni pendant le temps nécessaire pour *aller* et pour *revenir*. Le juge doit donc préciser la durée du sauf-conduit, et il manquerait à ses devoirs s'il prolongeait cette durée au delà du terme nécessaire aux débiteurs pour venir faire leur déposition.

Laissons maintenant de côté les circonstances de temps ou de lieu qui tiennent suspendue la main de l'agent chargé d'opérer l'arrestation.

PROCÈS-VERBAL D'ARRESTATION.

Au moment où l'officier public saisit le débiteur, il faut dresser un procès-verbal. Ce procès-verbal est appelé par l'art. 783 procès-verbal *d'emprisonnement;* cette expression n'est pas exacte, car il ne s'agit encore que d'arrestation. L'emprisonnement viendra plus tard avec obligation d'un second procès-verbal, qui sera celui d'emprisonnement.

Nous appellerons donc le nôtre procès-verbal d'arrestation ou de capture. Il contiendra outre les formalités ordinaires des exploits : 1° itératif commandement ; 2° élection de domicile dans la commune où le débiteur sera détenu, si le créancier n'y demeure pas (art. 785).

L'itératif commandement est exigé afin que le débiteur s'efforce de trouver quelques ressources dernières et qu'on puisse éviter la rigueur de l'emprisonnement; l'élection de domicile de la part du créancier dans la commune où la détention aura lieu, s'il n'y demeure pas, est destinée à faciliter au débi-

teur les moyens de protester contre son arrestation ou d'obtenir son élargissement.

La marche de la procédure n'est pas toujours aussi calme. Il peut arriver qu'il y ait rébellion ; il se peut faire que le débiteur résiste à l'exercice de la contrainte par corps. Ces éventualites ont été prévues par l'art. 785 : « En cas de rébellion, l'huissier pourra établir garnison aux portes pour empêcher l'évasion et requérir la force armée. Le débiteur sera poursuivi conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle. »

L'art. 531 du Code d'instruction criminelle, auquel notre article renvoyait, a disparu dans la révision de 1832 ; c'est maintenant aux art. 209 et suivants du Code pénal qu'il faut recourir.

En cas de rébellion, les gardes de commerce ont le même droit.

Le simple refus d'obéir, sans voies de fait, ne saurait constituer une rébellion ; les deux recors pourront alors aider l'huissier à triompher de la résistance passive du débiteur.

Mais il peut arriver que les formalités requises pour l'arrestation n'aient pas été observées ; le débiteur n'a pas le droit de se constituer juge de la procédure, et sa résistance sera toujours rébellion. C'est alors la loi qui lui vient en aide. L'art. 786 lui donne un moyen légal d'arrêter le cours de cette procédure irrégulière : qu'il se fasse conduire immédiatement en référé devant le magistrat pour qu'il puisse exposer ses moyens de défense et les causes de nullité.

Le refus de la part des officiers ministériels d'ob-

tempérer à cette réquisition amènerait d'abord la nullité de l'emprisonnement.

Il ferait ensuite tomber l'officier ministériel sous le coup de l'art. 22 de la loi de 1832, qui le condamne « à 1,000 francs d'amende, sans préjudice des dommages-intérêts. » On a voulu mettre un terme à des concerts frauduleux.

Le président du tribunal juge s'il y a eu erreur sur la personne, si les formalités antérieures ou contemporaines de l'arrestation ont été observées ; mais le président ne peut examiner les causes de la condamnation ; il n'est pas juge des exceptions par lesquelles le débiteur conteste *au fond* le titre en vertu duquel la contrainte par corps est exercée. Des sentences judiciaires ne peuvent pas en effet être réformées par un magistrat seul (1). Nous pensons toutefois que le juge du référé peut statuer *par provision* sur les exceptions nées depuis le jugement, par exemple sur l'exception d'un payement effectué après la condamnation.

EMPRISONNEMENT DU DÉBITEUR.

Le débiteur n'a fait aucune opposition, ou bien le président du tribunal a passé outre. L'huissier doit alors conduire à la maison pour dettes le débiteur qu'il faut écrouer. L'emprisonnement se subira dans la maison pour dettes du lieu de son domicile ou de

(1) Pardessus, t. V, p. 281. Carré, lois de la proc, t. III, p. 81.

son arrestation ; *et s'il n'y en a pas, dans celle du lieu le plus voisin.*

Ce n'est donc qu'en présence d'une impossibilité absolue d'exécuter la contrainte dans l'arrondissement de l'huissier commis, que celui-ci peut le transporter dans la prison la plus voisine (art. 788). Quelques auteurs (1) pensent cependant que la violation de cette disposition n'entraînerait pas la nullité de l'emprisonnement, et que l'huissier serait seulement tenu de dommages-intérêts s'il y avait lieu. Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion. Les formalités prescrites pour l'emprisonnement d'un débiteur doivent être rigoureusement observées, car elles constituent des garanties que la loi donne à la liberté des citoyens (2).

L'officier ministériel qui détiendrait le débiteur ailleurs que dans une prison se rendrait coupable de détention arbitraire. Lorsque la prison la plus voisine est trop éloignée pour que l'huissier puisse y parvenir avec le débiteur dans la journée, l'officier devra faire désigner par l'autorité locale un lieu où le débiteur passera la nuit et sera gardé à vue.

En arrivant à la prison, l'huissier remet le débiteur aux mains du geôlier qui doit aussitôt transcrire sur son registre le jugement d'arrestation présenté par l'officier ministériel (art. 790). On veut par là prévenir les détentions arbitraires. Il faut ensuite écrouer le débiteur, c'est-à-dire le faire passer dans l'intérieur

(1) Carré, lois de la procéd., n° 2681.

(2) En ce sens : Cassation, 16 décembre 1839.

de la prison. Un procès-verbal doit aussi constater l'accomplissement régulier de cette formalité : « L'écrou du débiteur énoncera : 1° le jugement; 2° les noms et domicile du créancier; 3° l'élection de domicile s'il ne demeure pas dans la commune; 4° les noms, demeure et profession du débiteur; 5° la consignation d'un mois d'aliments au moins; 6° mention de la copie qui sera laissée au débiteur, parlant à sa personne, tant du procès-verbal de l'emprisonnement que de l'écrou. Il sera signé de l'huissier. » (Art. 789.)

Quel doit être le rédacteur de ce procès-verbal? Est-ce l'huissier? est-ce le geôlier? Grande controverse. Anciennement c'était l'huissier. Merlin enseigne qu'il doit en être de même aujourd'hui, puisque les art. 53 et 55 du tarif des frais accordent aux huissiers des salaires tant pour la rédaction des actes d'emprisonnement et d'écrou que pour la copie de ces actes. On trouve des arrêts dans ce sens (1).

Ils ajoutent ce considérant, que l'huissier est responsable des nullités qui pourraient se trouver dans l'acte d'écrou, que par conséquent c'est à lui à le rédiger en son nom.

Nous ne trouvons pas ces raisons suffisantes pour fonder le droit exclusif de l'huissier. Les termes généraux de l'art. 790 n'excluent nullement l'intervention du geôlier. Aucun article du tarif n'alloue, il est vrai, de droit au geôlier pour la rédaction de l'acte dont il s'agit, mais cela tient à ce que ces fonctionnaires reçoivent un traitement fixe.

(1) Besançon, 28 juillet 1812. Bruxelles, 6 mai 1813.

Nous pensons donc que les huissiers, les geôliers et même les gardes du commerce peuvent également dresser les actes d'écrou (1).

Ajoutons maintenant que le procès-verbal d'emprisonnement et d'écrou doit être rédigé le jour même de l'arrestation. Cette opération ne peut être scindée. La clôture de ce procès-verbal ne peut être renvoyée au lendemain de l'incarcération, autrement ce débiteur se verrait au mépris de la loi retenu une nuit en prison sans écrou. Par le même motif la nullité d'un écrou ne peut être réparée par un nouvel écrou dressé le lendemain, même avant que le débiteur ait demandé sa mise en liberté.

DE LA CONSIGNATION DES ALIMENTS.

Privé de son travail, le débiteur incarcéré ne peut se nourrir lui-même. Il est juste qu'il soit à la charge du créancier, puisque c'est dans l'intérêt du créancier que sa liberté est saisie.

L'ordonnance de 1670 forçait déjà le créancier à subir cette conséquence rigoureuse de l'exercice de son droit.

Cette consignation préalable est une garantie contre les abus qui pourraient résulter de l'excessive cupidité des créanciers. Les aliments doivent être consignés *d'avance;* c'est-à-dire que la première consignation doit précéder la confection du procès-verbal d'écrou ou du moins coïncider. Les aliments doivent

(1) Toulouse, 1er sept. 1824. Paris, 19 mai 1825.

être consignés pour trente jours. A l'égard des consignations ultérieures, il faut qu'elles soient faites avant le trentième jour ; autrement il existerait un jour où les aliments se trouveraient n'avoir pas été déposés d'avance (art. 28 de la loi de 1832). Quant aux consignations pour plus de trente jours, elles ne vaudront qu'autant qu'elles seront d'une seconde ou de plusieurs périodes de trente jours. (Même article.)

Le taux de la consignation est fixé d'une manière uniforme par l'art. 29 de la loi du 17 avril 1832 : « La somme destinée aux aliments sera de 30 francs à Paris et de 25 francs dans les autres départements. »

Un seul créancier n'est pas tenu de consigner les aliments. C'est l'État. La nourriture des débiteurs de l'État est comprise sur les fonds affectés au service des prisons.

DE LA RECOMMANDATION.

La recommandation est un acte par lequel un créancier *qui aurait le droit de faire emprisonner* son débiteur s'il était libre, s'oppose à ce qu'il soit mis en liberté sans son consentement, *lorsqu'il le trouve déjà incarcéré*. (Art. 792, § 1.)

La recommandation ne peut se faire sans l'intervention des huissiers ou à Paris des gardes du commerce.

Nous retrouvons ici les mêmes formalités que pour l'emprisonnement, si ce n'est que l'huissier n'a pas besoin d'être assisté de deux recors et que la

consignation d'aliments n'est pas nécessaire, s'il y a eu consignation préalable. Le débiteur est alors en effet nourri par le premier créancier. Mais, comme c'est une charge qui doit être commune entre tous les créanciers, ils contribueront tous aux frais d'aliments pour des parts égales.

Sauf ces deux exceptions, emprisonnement et recommandation sont soumis aux mêmes formalités (1). « L'analogie cependant doit-elle être poussée jusqu'au point de dire que les huissiers ou les gardes du commerce devront obéir au débiteur recommandé qui veut être conduit en référé devant le président? Le débiteur a peut-être un grand intérêt à écarter cette recommandation qui pourra prolonger son séjour en prison. Pour soutenir son droit d'être conduit en référé, il invoque l'art. 786 dont le bénéfice lui semble accordé par l'art. 793 qui dit : « Seront observées, pour les recommandations, les formalités ci-dessus prescrites pour l'emprisonnement. » Cette prétention cependant ne nous paraît pas admissible, car le débiteur ne peut sortir de prison, même accompagné de l'huissier ou du garde du commerce. Mais ses droits ne sont nullement sacrifiés : qu'il introduise un référé par le ministère d'un avoué qui présentera sa défense.

La nullité de l'emprisonnement, pour quelque cause

(1) Ainsi la recommandation suppose un jugement; elle doit contenir élection de domicile, être précédée d'un commandement fait par huissier commis et de la signification du jugement prononçant la contrainte par corps; enfin l'officier ministériel doit être porteur d'un pouvoir spécial.

qu'elle soit prononcée, n'emportera point la nullité des recommandations. L'art. 796 nous le dit. Rien de plus juste d'ailleurs, car la recommandation est une arrestation distincte et indépendante de la première qui doit, par là même, régulariser le premier emprisonnement.

Toutefois, lorsqu'il n'y a pas eu de recommandations faites par d'autres créanciers, le créancier incarcérateur ne pourrait pas, par une recommandation postérieure, réparer la nullité de l'emprisonnement. L'art. 797 est formel à cet égard : il veut que le débiteur ne puisse être arrêté pour la même dette *qu'un jour au moins après sa sortie*, lorsque l'emprisonnement a été déclaré nul; l'art. 31 de la loi de 1832 prohibe même pour toujours l'arrestation du débiteur élargi faute d'aliments, également pour la même dette (1).

Mais la question change, lorsque d'autres créanciers ont recommandé le débiteur. Comme celui-ci ne peut pas espérer sa mise en liberté, nous pensons que le premier créancier incarcérateur peut faire une recommandation valable, sans qu'on puisse dire que c'est là le faire profiter de sa faute.

A l'appui de cette solution absolue, nous apportons deux arrêts des Cours de Colmar et de Riom (2). Je dois dire toutefois que quelques auteurs admettent bien cette solution pour le cas où l'incarcérateur agit

(1) Colmar, 31 août 1810; Nancy, 24 mai 1840. Dalloz, *Cont. par corps*.

(2) 25 juin 1830; 23 août 1837.

en vertu d'une *autre* créance, *différente* de la première et emportant également la contrainte par corps, mais qu'ils la rejettent au cas où la recommandation est faite pour la même dette. Ils se croient alors en présence des motifs de l'art. 797 (1).

DES DEMANDES EN NULLITÉ.

Les nullités de l'emprisonnement sont de deux sortes ; elles touchent au fond ou à la forme.

La demande en nullité de l'emprisonnement, fondée sur ce que les formalités n'ont pas été observées, sera portée au tribunal du lieu où le débiteur est détenu. Il y a nullité du fond lorsque la créance était éteinte par une libération survenue depuis le jugement de condamnation. Le débiteur n'attaque donc pas ici la décision des juges ; il invoque seulement des causes de libération survenues depuis le jugement, payement, novation. compensation de la créance. De même si le débiteur est devenu septuagénaire, ou si la créance est passée entre les mains du conjoint, ou d'un parent ou d'un allié du débiteur. Cette demande doit être portée devant le tribunal civil qui a rendu le jugement ; ce sont en effet de nouvelles questions dont le jugement doit appartenir au tribunal chargé de l'exécution.

Si la nullité de l'emprisonnement est prononcée, le débiteur doit être immédiatement élargi.

La demande en nullité peut toujours être formée à

(1) Coin-Delisle, p. 64.

bref délai, car un procès en liberté est une affaire urgente. L'assignation sera donnée *à bref délai* au domicile *élu par le créancier* dans le procès-verbal d'écrou, s'il ne demeure pas au lieu de la détention. L'assignation doit être donnée par un huissier commis. La cause *sera jugée sommairement, sur les conclusions du ministère public* (795). Si l'emprisonnement a été déclaré nul, le débiteur ne pourra être arrêté pour la même dette qu'*un jour* au moins après sa sortie (797). On a voulu éviter que le créancier pût faire guetter le débiteur à sa sortie et le faire remettre immédiatement en prison, en observant mieux les formalités prescrites.

Le débiteur avait un moyen d'obtenir provisoirement sa liberté pendant l'instance en nullité de l'emprisonnement. Il lui suffisait de consigner entre les mains du geôlier de la prison les causes de son emprisonnement et les frais de capture (798). Il faut dire de suite que cette consignation ne doit pas être confondue avec celle que l'art. 800, § 2, met au nombre des causes d'élargissement *définitif*.

Quel sera maintenant le sort de cette consignation ? On peut dire que le débiteur n'a pas voulu faire un payement ; il a voulu obtenir provisoirement la liberté dont il se croit illégitimement privé, et la somme qu'il verse garantit seulement que, si la demande en nullité est rejetée, il reviendra se constituer prisonnier. Dès lors, si la demande en nullité est admise, la somme doit être rendue au débiteur, puisqu'il n'est plus question d'emprisonnement. Si au contraire le tribunal a rejeté la demande, et si le

débiteur rentre en prison, la consignation doit lui être également rendue. Elle ne peut donc être acquise au créancier qu'autant que le débiteur mis en liberté provisoire ne reparaît pas. Cette opinion était conforme à l'art. 812 du projet de Code de procédure ainsi conçu : « Si l'emprisonnement est déclaré nul, les deniers payés ou consignés seront restitués au débiteur, nonobstant tous empêchements, même de la part d'un tiers, et ce encore que la contrainte par corps subsiste ; le créancier sera contraint par corps à la restitution. » Mais cet article n'a pas été conservé ; il a été remplacé par l'art. 799 du Code de procédure, qui ne parle plus de la consignation et qui déclare seulement le créancier passible de dommages-intérêts si la nullité de l'emprisonnement est prononcée. Quelques auteurs (1) s'arment de ce changement pour dire que le créancier doit garder la somme, puisqu'elle lui est due, et que les dommages-intérêts le punissent suffisamment de ne pas avoir rigoureusement observé les formalités prescrites. Cest là ce que nous ne pouvons admettre. La liberté a été provisoirement rendue au détenu pour qu'il pût lui-même suivre son instance en nullité ; si l'emprisonnement est annulé même pour vice de forme, le créancier ne peut rien prétendre sur la consignation, puisque e débiteur redevient libre et ne peut être arrêté qu'un jour après. Notre opinion doit être au moins admise de tous au cas où la consignation a été faite par un tiers qui voulait venir au secours du prisonnier.

(1) Boitard, procéd. civ. sur l'art. 798.

Les frais de capture que doit aussi consigner le débiteur sont les frais de l'instance, ceux de l'expédition et de la signification du jugement et de l'arrêt, s'il y a lieu, et ceux de l'exécution relative à la contrainte par corps seulement (art. 23, loi du 17 avril 1832).

Au cas où l'emprisonnement est déclaré nul, le créancier peut en outre être condamné à des dommages-intérêts envers le débiteur (art. 799, proc. civ.). L'appréciation de ces dommages-intérêts est laissée à la sagesse des juges qui s'attacheront à la condition des personnes et au plus ou au moins de gravité des erreurs commises.

CHAPITRE III

Élargissement définitif du débiteur.

Le texte dont nous allons ici donner le commentaire est l'art. 800 du Code de procédure. Il énumère limitativement les causes qui remettront définitivement le débiteur en liberté. Il en omet une cependant, mais qu'il est inutile de rappeler, tant elle est évidente: c'est l'arrivée du terme assigné par le jugement de condamnation à la durée de la contrainte par corps. La loi du 15 germinal an VI l'avait dit expressément (titre III, art. 18, § 6): « L'élargissement aura lieu de plein droit par le laps de cinq années consécutives de détention. » (Cinq ans étaient alors le maximum.) La loi du 17 avril 1832 rappelle la même disposition; dans le même art 27, elle prend aussi les mesures pour que la vie du débiteur ne se passe pas entièrement en prison. Il était à craindre que les créanciers ne se concertassent, qu'ils n'exerçassent successivement leur droit de contrainte par corps les uns après les autres : lors donc que le débiteur aura obtenu son élargissement de plein droit après l'expiration des délais fixés, il ne pourra plus être arrêté et détenu pour des dettes contractées antérieurement à son arres-

tation et échues au moment de son élargissement. Si toutefois ces dettes entraînent par leur nature ou leur quotité une contrainte plus longue que celle qui aura été subie, on ajoutera au temps passé en prison le surplus nécessaire pour arriver jusqu'au plus long terme fixé par le jugement. On applique ici la règle de droit pénal que la plus forte peine absorbe les plus faibles et qu'un individu reconnu coupable de plusieurs crimes ou délits doit subir seulement la peine la plus grave. Une condition essentielle à l'application de l'art. 27 est que la contrainte par corps doit expirer par le bénéfice du temps. A ce prix seulement il est permis de conclure à l'insolvabilité du débiteur. Si la contrainte avait cessé par d'autres causes, par exemple si le créancier avait été payé, il serait permis de croire que le débiteur a d'autres ressources, et une nouvelle épreuve de solvabilité serait légitime.

Revenons maintenant à l'art. 800 du Code de procédure et examinons les cinq causes légales d'élargissement. Ce sont :

1° Le consentement du créancier. Aux termes de l'art. 801, le consentement pourra être donné soit devant notaire, soit sur le registre d'écrou.

Le geôlier pourrait également mettre le débiteur en liberté sur la représentation d'un jugement donnant acte au débiteur du consentement du créancier incarcérateur et des recommandants s'il y en a (1).

Mais déjà la loi du 15 germinal an VI voulait que le consentement des créanciers fût *authentique*.

(1) Boitard, procéd. civ. sur l'art. 801.

En consentant à l'élargissement du débiteur, le créancier *s'est réservé* le droit de le faire emprisonner après un certain délai. Cette condition qu'il a mise est-elle valable? La Cour de Paris a dit oui (1), parce que nulle part la loi n'interdit ce droit au créancier. L'opinion contraire semble cependant l'emporter, car il est difficile de reconnaître au créancier le droit de faire ainsi arrêter et relâcher successivement son débiteur à son gré (2); mais si le débiteur était intervenu, s'il avait eu connaissance des réserves faites à son élargissement, il y aurait un accord, un concours de volontés qu'il faudrait respecter.

2° Le payement ou la consignation du tiers du principal de la dette et de ses accessoires avec bail de caution pour le surplus. Cette seconde cause est le résultat de la combinaison des art. 24 de la loi de 1832 et 6 de la loi de 1848.

Sous l'empire de l'art. 800 du Code de procédure, le payement intégral des causes de l'incarcération rendait seul la liberté au débiteur, c'était bien rigoureux; l'amélioration désirable fut réalisée par la loi de 1832; mais à cette époque la réforme ne fut pas étendue aux dettes commerciales. On aurait cru par là affaiblir le crédit. Dans le commerce, un retard dans le payement, ou une exécution seulement partielle ont des effets également désastreux pour le créancier qui va peut-être par là se trouver dans l'impossibilité

(1) Arrêt du 27 mars 1838. Dalloz, *Contr. par corps*, p. 586.

(2) Tribunal de la Seine, 20 août 1836. Coin-Delisle, p. 108, n° 6.

de remplir ses engagements. Mais en 1848 ces raisons ne prévalurent pas. On reconnut au contraire que, lorsque le débiteur est incarcéré, tout le mal causé par son retard est fait ; le créancier ne peut au contraire que gagner à voir son débiteur redevenir libre après libération partielle.

C'est la faveur due à la liberté qui fait ici déroger à l'indivisibilité du payement, principe consacré par l'art. 1244 du Code civil.

La caution doit être agréée par le créancier ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur est détenu ; elle doit s'engager, conjointement avec le débiteur, à payer dans le délai maximum d'un an les deux tiers qui sont encore dus (art. 25, loi de 1832). A l'expiration du délai prescrit, si le creancier n'est pas intégralement payé, il pourra d'abord reprendre la contrainte par corps qui n'avait été levée qu'en vue de conditions qui n'ont pas été remplies, ou âgir contre la caution par toutes les voies qui sont en son pouvoir.

3° La cession de biens. A quoi servirait la contrainte par corps lorsque le débiteur malheureux et de bonne foi s'est dépouillé de tous ses biens au profit de ses créanciers ? Ce ne serait plus qu'une torture inutile.

Mais la cession de biens n'est pas ouverte à tous les débiteurs : les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les condamnés pour cause de vol ou d'escroquerie, les comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires, enfin, depuis la loi du 25 mai 1838, tous les débiteurs commerçants sont privés de ce bénéfice.

La faillite dessaisit en effet le débiteur de l'administration de ses biens au profit de ses créanciers.

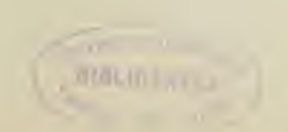
4° Le défaut par les créanciers d'avoir consigné d'avance les aliments. C'est en quelque sorte la cruauté du créancier qui ouvre au débiteur les portes de la prison.

Le débiteur se fera délivrer par le geôlier un certificat de non-consignation qu'il joindra à sa requête présentée au président du tribunal. Cette requête sera présentée en *duplicata*. L'ordonnance du président aussi rendue par *duplicata* sera exécutée sur l'une des minutes qui restera entre les mains du gardien ; l'autre minute sera déposée au greffe du tribunal et enregistrée *gratis*. La procédure est ici aussi simple et aussi sommaire que possible, car le débiteur est sous les verrous. Dès que la requête a été présentée au président, la demande est formée et la mise en liberté arrivera malgré une nouvelle consignation d'aliments faite par le créancier (1). Il a été décidé cependant qu'on ne doit pas regarder comme tardive la consignation faite seulement après la délivrance du certificat constatant l'oubli précédent du créancier (2).

5° La soixante-dixième année du débiteur, excepté cependant pour le cas de stellionat.

Nous devons certainement compter comme une autre cause d'élargissement, le changement survenu pendant l'incarcération dans la position du dé-

(1) Pigeau, t. II, p. 302. Carré, sur l'art. 803. Berriat, p. 640.
(2) Paris, 18 juin 1836. Tribunal de la Seine, 5 fév. 1836.



biteur et le mettant à même d'invoquer les exemptions relatives.

Pendant tout le temps qu'elle dure, la contrainte par corps doit être rigoureusement exécutée. Les juges ne doivent donc que rarement accueillir les demandes en élargissement provisoire. Cependant lorsque le débiteur est atteint d'une maladie grave, lorsque ses jours sont en danger, il peut, en donnant caution, obtenir sa translation dans une maison de santé (1). L'humanité commande qu'il en soit ainsi et nous trouvons trop sévères ceux qui permettent seulement au débiteur malade de se faire conduire dans un *hospice.*

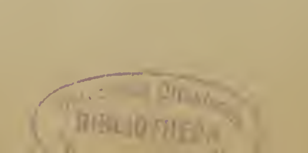
Nous voudrions qu'il pût se faire porter dans sa propre maison. La jurisprudence cependant ne le permet pas.

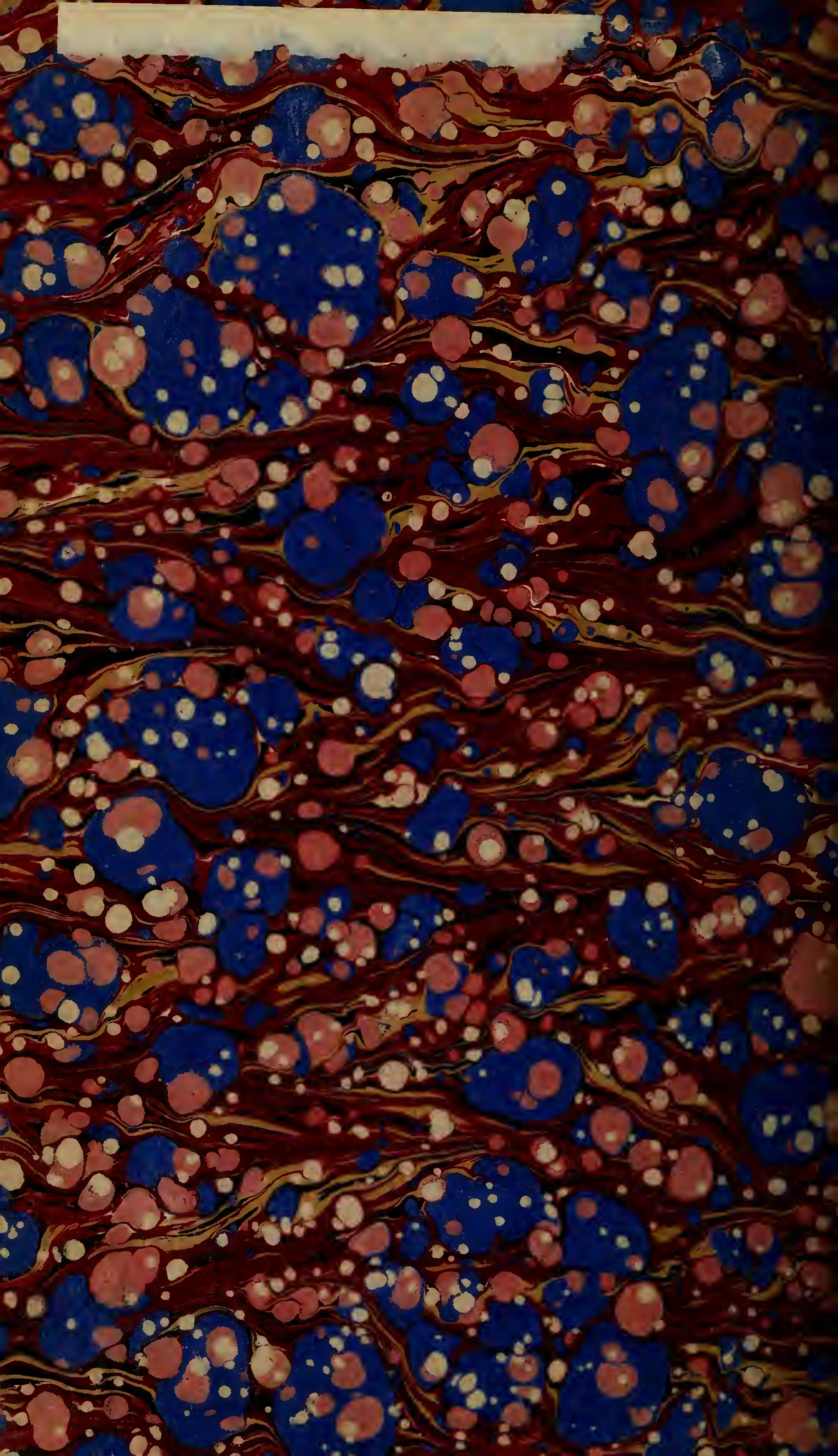
C'est là le dernier texte que nous voulions étudier. Ainsi qu'on a pu le voir, le législateur n'a fait de la contrainte par corps qu'un usage modéré et presque toujours la nécessité justifie l'emploi de cette mesure rigoureuse. Dans plusieurs des circonstances où la contrainte par corps est prononcée, le législateur pourrait même infliger une peine criminelle, tant est grande la déloyauté ou l'imprudence du débiteur; ajoutons « qu'il se rend presque coupable d'un léger larcin, celui qui contracte une dette, sachant qu'il ne pourra pas l'acquitter. »

(1) Denisart, v° *Prisonnier*. Pigeau, t. II, p. 335.

Les formalités nombreuses qui précèdent ou accompagnent l'arrestation rendent impossibles les surprises et l'arbitraire ; les faveurs faites à l'âge ou au sexe, la brièveté de la détention, la possibilité pour le débiteur de bonne foi d'échapper à la prison par la cession de biens ou le dépôt de son bilan anéantissent en partie les griefs reprochés à la contrainte par corps. Sans doute quelques améliorations sont encore désirables ; quelques adoucissements doivent être apportés, mais le principe doit demeurer intact, car la contrainte par corps, sagement réglementée, respecte suffisamment la liberté de l'homme et sauvegarde la foi publique. On est surtout convaincu de l'efficacité de la loi, et par suite de la nécessité de la maintenir, lorsqu'on voit le peu de cas où il est nécessaire d'en venir à l'exécution. Le plus souvent la simple menace suffit pour faire apporter des sommes que le débiteur n'eût jamais eues ou qu'il eût éternellement cachées, si le créancier n'avait pas en main cette arme puissante. Mais, chose singulière ! c'est au nom de ce peu d'usage de la contrainte par corps que quelques-uns de ses adversaires demandent son abolition : comme si les lois les meilleures n'étaient pas celles qui intimident le plus et ne laissent presque jamais produire le fait qu'elles veulent réprimer !




BIBLIOTHECA




a39003 008395906b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

